

VII

CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA Y FILIPINAS

A Coruña (España)

13, 14 y 15 de octubre de 2010



VII

CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA Y FILIPINAS

A Coruña (España)

13 - 14 - 15 de octubre de 2010



**VII CONGRESO DE ACADEMIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
DE
IBEROAMÉRICA Y FILIPINAS**

Convocado por la

**MESA PERMANENTE DE ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE IBEROAMÉRICA Y FILIPINAS**

Organizado por

ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Edita:

Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Plaza Pintor Sotomayor, s/n (Real Consulado del Mar)

15001-A Coruña (España)

Consejo editor:

José Antonio García Caridad

José María Botana López

José Luis López Mosteiro

Arsenio Cristóbal y Fernández-Portal

Francisco Manuel Ordóñez Armán

José Luis Seoane Spiegelberg

Jesús Varela Fraga

Edición coordinada por: María Morandeira Caridad

Fotografía: Archivo de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Reservados todos los derechos. Quedan rigurosamente prohibidas, sin permiso escrito de los titulares del “Copyright”, bajo las sanciones establecidas por las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier sistema de almacenamiento de información o recuperación y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

Los trabajos publicados en este libro han sido transcritos literalmente de los originales enviados por sus autores, siendo de ellos la responsabilidad de sus contenidos y redacción.

© de los textos: sus autores

© de la edición: RAGJYL

I.S.B.N: 978-84-9812-185-8

Depósito legal: C 1780-2012

Patrocina la edición: Excmo. Diputación Provincial de A Coruña

Impresión: Imprenta Provincial – A Coruña, 2012

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
<i>Excmo. Sr. D. Luis Moisset de Espanés</i> <i>Presidente de la Mesa Permanente de las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica</i>	
PRÓLOGO	15
<i>Excmo. Sr. D. José Antonio García Caridad</i> <i>Presidente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación</i>	
LA CASA REAL Y EL VII CONGRESO	17
COMITÉ DE HONOR.....	21
CONSEJO GENERAL DEL CONGRESO	22
COMITÉ ORGANIZADOR.....	23
COMITÉ CIENTÍFICO. Coordinadores de Ponencias	24
ACADEMIAS PARTICIPANTES	25
PROGRAMA DE ACTOS.....	29
SECCIONES DEL CONGRESO.....	31
PONENCIAS Y COMUNICACIONES PRESENTADAS	37
REGLAMENTO	43
PONENCIA: DERECHO GLOBAL.....	49
DERECHO GLOBAL: Realidades y Principios.....	51
<i>José Luis Meilán Gil</i>	
GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS HUMANOS. ESPECIAL REFERENCIA A SU PROTECCIÓN JURÍDICA..	91
<i>Luis Maside Miranda</i>	
DERECHO DEL TRABAJO GLOBAL.	109
<i>Jesús Martínez Girón</i> <i>Alberto Arufe Varela</i>	
EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA	125
<i>Santiago Nogueira Gandásegui</i>	
LA JUSTICIA UNIVERSAL.....	139
<i>José Ricardo Pardo Gato</i>	

LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y SUS IMPLICACIONES PARA EL DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO:	175
<i>José Manuel Calderón Carrero</i>	
EL DERECHO AMBIENTAL Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.....	203
<i>Francisco Javier Sanz Larruga</i>	
LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO(UN NUEVO ESPACIO JURÍDICO)	221
<i>Antonio de P. Escura Viñuela</i>	
LA DEFENSA DEL DERECHO PRIVADO FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA.....	227
<i>Ricardo Zeledón Zeledón</i>	
• ACTA PONENCIA: DERECHO GLOBAL.....	257
• CONCLUSIONES PONENCIA: DERECHO GLOBAL.....	259
PONENCIA: PERSONA JURÍDICA	263
LA PERSONALIDAD JURÍDICA, EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	265
<i>Comité de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación</i>	
SUBJETIVIDAD Y OBJETIVIDAD EN LA PERSONA JURÍDICA DESDE LOS IMAGINARIOS CULTURALES HASTA LA CAPACIDAD JURÍDICA.....	345
<i>Ángel Sánchez de la Torre</i>	
PERSONAS JURÍDICAS E INSTITUCIONES EN UNA SOCIEDAD EN CRISIS DEL ESTADO DEL BIENESTAR	359
<i>Jesús López Medel</i>	
LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO ARGENTINO	365
<i>Juan Carlos Palmero</i>	
LA PERSONA JURÍDICA	397
<i>Cesáreo Rocha Ochoa</i>	
NOTAS EN TORNO A PERSONALIDAD JURÍDICA	407
<i>Efraín Hugo Richard</i>	
FUNDAMENTO Y DELIMITACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS	415
<i>José Luis Martínez López-Muñiz</i>	
• ACTA PONENCIA: PERSONA JURÍDICA.....	421
• CONCLUSIONES PONENCIA: PERSONA JURÍDICA.....	423
PONENCIA: ARBITRAJE INTERNACIONAL	429
EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	431
<i>Domingo Bello Janeiro</i>	
LAS VENTAJAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL POR CONTRAPOSICIÓN AL PROCESO JUDICIAL...	445
<i>Rafael Colina Garea</i>	
EL ARBITRAJE DE IUS GENTIUM: LA DEUDA HISTÓRICA DEL ARBITRAJE MODERNO	457
<i>Antonio Fernández de Buján</i>	
NOTAS SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL ANTE LA LEY 60/2003, 23 DE DICIEMBRE.	465
<i>José Seoane Iglesias</i>	
CONSIDERACIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA Y LA IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	471
<i>Ramon Mullerat</i>	

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE EN IBEROAMÉRICA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD	531
<i>Francisco La Moneda Díaz</i>	
TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL	539
<i>Fernando Sarmiento Cifuentes</i>	
ARBITRAJE INTERNACIONAL	557
<i>Marco Gerardo Monroy Cabra</i>	
ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES – LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA DE LAS INVERSIONES, EL CASO DE BOLIVIA.	583
<i>Ramiro Moreno Baldivieso</i>	
EL ARBITRAJE EN PUERTO RICO	599
<i>Pedro F. Silva-Ruiz</i>	
• ACTA PONENCIA: ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	615
• CONCLUSIONES PONENCIA: ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	619
PONENCIA: ESTATUTO DEL CONSUMIDOR.....	621
ESTATUTO DEL CONSUMIDOR	623
<i>Comité de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación</i>	
PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR EN DERECHO COLOMBIANO.....	725
<i>Marco Gerardo Monroy Cabra</i>	
DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO GLOBAL	735
<i>Bonifacio Ríos Avalos</i>	
REFORMAS INTRODUCIDAS A LA LEY 24.240 DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR POR LA LEY 26.361 ...	749
<i>Juan Manuel Aparicio</i>	
EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS NORMATIVAS DE CONSUMO ESPAÑOLA E ITALIANA	759
<i>Agustín Luna Serrano</i>	
EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR EN DERECHO PUERTORRIQUEÑO	765
<i>Pedro F. Silva-Ruiz</i>	
• ACTA PONENCIA: ESTATUTO DEL CONSUMIDOR.....	769
• CONCLUSIONES PONENCIA: ESTATUTO DEL CONSUMIDOR.....	771
ACTAS: MESA PERMANENTE - INAUGURACIÓN - CLAUSURA.....	775
• ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA DE LA MESA PERMANENTE	777
• ACTA DE SESIÓN INAUGURAL	785
• ACTA SESIÓN CLAUSURA.....	787
NÓMINA DE ACADÉMICOS Y CONGRESISTAS.....	791
EL CONGRESO EN IMÁGENES	797
AGRADECIMIENTOS	816

Introducción



Excmo. Sr. D. Luis Moisset de Espanés,

Presidente de la Mesa Permanente de las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica

I Congreso: Granada 1994

Al cumplirse el Quinto Centenario del descubrimiento de América la Real Academia de Jurisprudencia de Granada, presidida en ese entonces por el Excmo. Sr. Dr. Eduardo Roca Roca, a quien acompañaba como Vicepresidente el Excmo. Sr. Don Luis de Angulo Rodríguez, tuvo la feliz idea de convocar a un Congreso que reuniese a los representantes de todas las Academias de Derecho de Iberoamérica. La reunión, efectuada entre los días 3 a 5 de noviembre de 1994, tuvo singular éxito, pues estuvieron representadas todas las academias españolas y de las academias americanas solamente faltaron las de Puerto Rico y de Buenos Aires.

Se retomaba así una idea lanzada un siglo antes por la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, a la que me he referido en otra oportunidad en palabras preliminares al III Congreso de Academias realizado en Córdoba (Argentina), a las que ahora remito para no extenderme excesivamente.

La finalidad principal era que cada Academia tomase conocimiento de la existencia de sus hermanas, y de la forma en que desenvolvían sus actividades a lo que se sumó el desarrollo de dos ponencias que versaron, una sobre el contacto de las Academias con el ejercicio y enseñanza de la abogacía, y la otra sobre el papel que debían desempeñar las Academias frente al reto de los derechos humanos.

Se pudo en esa oportunidad tomar conocimiento de los fines y actividades que desarrollan nuestras corporaciones y, lo que fue más importante, conversar sobre la forma de estrechar lazos y propiciar un fructífero intercambio de ideas, antecedentes y trabajos, esfuerzo que culminó con la suscripción de un Protocolo de Colaboración, que tomaba como base un proyecto elaborado por las autoridades de la Academia de Granada, que contó con la aprobación de todos los delegados que asistieron, y se confiaba a la oportuna ratificación por los cuerpos orgánicos de cada Corporación.

El Protocolo de Granada era un verdadero Estatuto Constitutivo de la naciente Unión de Academias de Jurisprudencia, e incluyó la creación de un organismo permanente, que tuviese en sus manos el cumplimiento de esos objetivos. Provisoriamente se designó una Mesa Directiva, encabezada por el Presidente de la Academia que había tenido la feliz iniciativa de propiciar el encuentro, el destacado catedrático de Derecho Administrativo, Dn. Eduardo Roca Roca, que se desempeñó eficien-

temente en esa función hasta el año 2007, oportunidad en que presentó su renuncia por razones de salud, y en el VI Congreso, celebrado ese año en Bogotá, se lo reconoció como Presidente Honorario de la Mesa Permanente.

En esa primera oportunidad se designaron tres Vicepresidencias, que se asignaron a los representantes de las Academias de Cataluña (Josep Guardia Canela), de México (Javier Gaxiola Ochoa), y de Córdoba (Argentina), procurando que estuviesen equitativamente representadas España y América. Se incluyó también, integrando la Mesa Directiva, una Secretaría Permanente, conducida por un Director, a quien se encargaban las tareas de Secretario del Consejo de Delegados, suscripción de las actas, cumplimiento de los acuerdos que tomase el Consejo de Delegados y de todas las tareas que le encargase el Presidente de la Mesa Permanente, cargo también electivo, y se confió tan importantes funciones al Vicepresidente de la Academia de Granada, Don Luis de Angulo, que había tenido decisiva participación en la elaboración de los documentos estatutarios.

Se dispuso también que el Protocolo y la Mesa Directiva, adquirirían firmeza cuando hubiesen sido ratificados al menos por una tercera parte de las Academia cuyos representantes lo habían suscripto originariamente (art. 1º de los Estatutos) y que podrían sumar su adhesión e incorporarse a esta Unión las que existiesen en otros países de Iberoamérica, o aquellas que nacieran con posterioridad.

Todo el material de este Primer Congreso fue publicado en 1995 en los Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada.

II Congreso: Madrid (1996)

Alentada por el éxito de este Encuentro, la Real Academia Española de Jurisprudencia, invitó a un Segundo certamen, que se celebró en Madrid entre los días 10 a 12 de octubre de 1996, bajo la Presidencia de Dn. Juan Vallet de Goytisolo y contó con notable participación, ya que de las Academias españolas solo estuvo ausente la de Valencia, pero en cambio de las americanas se hicieron presentes en esta oportunidad las de Puerto Rico y Buenos Aires, representadas por sus respectivos Presidentes. Se agregó a ello la noticia de la existencia de la Academia das Letras Jurídicas, de Brasil, que estuvo representada por uno de sus académicos correspondientes en España, Dn. Juan José Sanz Jarque.

Tres temas ocuparon la labor de los congresistas: en primer lugar el muy trascendente de la “Naturaleza jurídica de las Academias”, y en las restantes comisiones se trató el problema de la “Utilización por la Administración Pública del Derecho privado”, y la “Afectación del patrimonio a un fin”.

Toda la actividad del Congreso quedó reflejada en un libro aparecido en 1998, que la Real Academia de Jurisprudencia pudo publicar gracias al mecenazgo de la Fundación Ramón Areces.

Reunión de la Mesa Directiva: La Coruña, 1997

Poco tiempo después, a comienzos de 1997, el Director del Secretariado informó que se había logrado el número necesario de confirmaciones de adhesión al Protocolo de Granada, ya que a esa fecha habían enviado su ratificación trece Academias de las dieciséis que asistieron a Granada, es decir más de las dos terceras partes, a lo que se sumaba el pedido de adhesión de dos Academias nacidas con posterioridad a esa reunión, la de Aragón en España, y la de Honduras, en América. Con este motivo la Academia de Galicia tuvo la gentileza de invitar a los integrantes de la Mesa Permanente a una reunión que se efectuó en marzo de 1997 en el Pazo de Mariñán y a la que se sumaron el Presidente de la Academia gallega, Dn. José Antonio García Caridad y el entonces Secretario General de la Real Academia madrileña, Dn. José María Castán.

En esos días se gozó de la tranquilidad que reina en el Pazo, y de la belleza de su parque engalanado por una muy rica colección de Camelias que en ese momento se encontraban en plena floración.

En ese ambiente cordial se ratificó la Mesa Permanente que se había designado en Granada, y se ofreció a la Academia de Córdoba (Argentina) la sede de la Tercera reunión, procurando de esta forma dar continuidad a estos encuentros con una periodicidad de dos o tres años y establecer una adecuada rotación de las sedes.

Se dio cuenta además de los esfuerzos que se estaban realizando para estrechar vínculos con la Academia Brasileira das Letras Jurídicas, y promover el nacimiento de Academias en otros países de América, en especial Bolivia y Costa Rica.

El Acta que se labró con motivo de esta reunión de la Mesa Permanente da cuenta de manera muy especial del agradecimiento a la Academia gallega y a su Presidente por todas las atenciones recibidas.

III Congreso: Córdoba (1998)

La Academia cordobesa, con el propósito de establecer un temario que reflejase las más acuciantes necesidades que enfrentaba el jurista en esos años de finales de siglo y la partición que cabe a las Academias frente a esos desafíos, solicitó a todas las corporaciones hermanas que formularan sus propuestas y una vez recibidas las discutió en sesión plenaria hasta seleccionar los cuatro temas que se trataron en ese Congreso.

Al seleccionar el tema que vincula a las Academias con el estudio del Derecho se tuvo particularmente en vista que muchas de nuestras instituciones nacieron bajo el auspicio de Colegios profesionales, como un instrumento destinado a colaborar en el perfeccionamiento y se lección de quienes deben ejercer la práctica jurídica. A ello se suma que otras Academias han tenido un origen netamente universitario, lo que también las vincula -aunque desde otro ángulo- con la enseñanza del derecho. El problema se debatió a la luz de estos antecedentes históricos, procurando definir la función que actualmente cumplen o deben cumplir nuestras instituciones. Los otros temas versaron sobre los vínculos que hay entre Justicia y Derecho, los problemas de la Integración, y un análisis prospectivo de los principales problemas que planteaba la próxima llegada del siglo XXI. Se realizó un gran esfuerzo para tener impreso un libro que recogía todas las ponencias recibidas que pudiese entregarse a los delegados antes de que comenzaran los debates, y luego de las tareas del Congreso, se publicó un nuevo libro que a las ponencias agregaba los debates y conclusiones.

Creemos conveniente destacar que a este Congreso concurrieron por primera vez representantes de las Academias de Aragón, Honduras y Puerto Rico, y también Dn. Othon Sidou, Presidente de la Academia Brasileira das Letras Jurídicas.

El Consejo de Delegados consideró que como los dos primeros Congresos se habían realizado en España, correspondería que el próximo se efectuase en América, ofreciéndose la sede a México, pero alternativamente, si por los problemas económicos de organización no pudiese hacerlo, se tuviese en primer lugar en cuenta a Galicia, por la preocupación y empeño que esa Academia había demostrado en todo momento para colaborar en el éxito de la naciente unión de Academias.

IV Congreso: Valencia (2000)

La realización del Cuarto Congreso en Valencia, en diciembre del año 2000 fue consecuencia de las dificultades con que tropezó México para conseguir fondos que le permitiesen afrontar la tarea de ser sede del encuentro. Conviene recordar que la mayor parte de nuestras Instituciones no cuentan con fondos propios para costear los gastos de un Congreso. Sucedió entonces que frente a los pro-

blemas que tenía la Academia mexicana, el Director de la Mesa Permanente, don Luis de Angulo, se encontró con el ofrecimiento de la Academia de Valencia que, se encuentra muy ligada con el Colegio de Abogados de esa ciudad, tenía ese año en su Presupuesto una partida que le permitía hacerse cargo del evento, y de forma algo sorpresiva se resolvió aceptar esa propuesta.

La Academia valenciana atendió de manera excelente a todos los delegados que asistieron. Se presentaron ponencias de interés y los debates fueron valiosos pero, lamentablemente, ese material no fue publicado pues había agotado sus fondos y los esfuerzos realizados por la Mesa Permanente para conseguirlo y buscar quien los difundiese resultaron infructuosos.

El Consejo de Delegados mantuvo la decisión de que en el orden de precedencia para el Quinto encuentro, debía tomarse en consideración a México y sustitivamente a Galicia.

V Congreso: Zaragoza (2005)

Nuevamente México tropezó con dificultades económicas para hacerse cargo de la organización de un Congreso. El problema de los costos se había instalado seriamente y la realización del Quinto encuentro se fue dilatando en el tiempo. La más joven de las Academias españolas, Aragón, se postuló entonces ofreciendo a fines del año 2004 hacerse cargo de ese Congreso, que se realizaría en el curso del año siguiente si se le concedía autorización para no pagar los pasajes de los representantes de las otras Academias, solicitud que en reunión de la Mesa Permanente realizada en Madrid el 22 de noviembre de 2004, fue aceptada para no quebrar la continuidad de estas reuniones.

De esta manera el Quinto Congreso se efectuó en Zaragoza pero lamentablemente muy pocas Academias americanas estuvieron representadas. Las ponencias y Recomendaciones que se aprobaron fueron publicadas por la Academia de Aragón, y el Consejo de Delegados procedió a fijar la ciudad de Bogotá como sede para el Congreso siguiente, que estaría a cargo de la Academia colombiana.

VI Congreso: Bogotá (2007)

El año 2007 tuvo lugar el VI Congreso, magníficamente organizado por los anfitriones, que se hicieron cargo tanto del pasaje como del alojamiento de todos los delegados, como había sucedido en los restantes encuentros, salvo el de Zaragoza.

Antes de comenzar se entregaron impresas las ponencias presentadas, y con posterioridad la Academia colombiana reunió en una publicación todo el material del VI Congreso, con las conclusiones aprobadas en cada uno de los temas tratados.

El Presidente, Dn. Gerardo Marco Monroy, participó activamente y su señora esposa se distinguió en la atención a quienes acompañaban a los delegados. El entonces académico Secretario, Dn. Rafael Forero (h), se desvió en atender todos los requerimientos para el mejor funcionamiento del Congreso y que se resolviese cualquier problema que se presentase a los viajeros.

Los temas tratados fueron la Tutela Jurídica del Medio Ambiente; los problemas Jurídicos actuales sobre la vida y la muerte: Eutanasia, testamento Vital y otros; y, finalmente, las perspectivas de los Procesos de integración en Europa y América.

Nos interesa destacar la presencia del Presidente de la Academia de Bolivia, que se sumó en esta oportunidad a la Unión de Academias, y el hecho auspicioso de que gestiones realizadas antes de la celebración del Congreso, permitió que las Academias de Madrid y de Buenos Aires, suscribiesen su adhesión al Protocolo de Granada y por primera vez sus delegados pudieran integrar el Consejo de Delegados.

El Presidente de la Mesa, Dn. Eduardo Roca Roca, no obtuvo permiso de su médico para concurrir y, luego de 13 años al frente de las Academias, elevó su renuncia. También renunció a continuar integrándola como Vicepresidente Dn. Francisco Javier Gaxiola, que nos había acompañado desde los pasos iniciales. El Consejo de Delegados resolvió entonces designarlos respectivamente como Presidente y Vicepresidente Honorarios.

En la forzosa renovación de la Mesa Permanente, se decidió ampliar el número de Vicepresidencias, procurando tuviesen representación todas las regiones geográficas. La Presidencia recayó en quien escribe estas líneas y para acompañarlo se mantuvo a Josep Guardia Canela (Cataluña), y se designó también a Gerardo Monroy Cabra (Colombia), Francisco Serrano Migallón (México), José Antonio García Caridad (Galicia) y Rafael Navarro Valls (Madrid), continuando como Director del Secretariado Dn. Luis de Angulo y designando Secretarios de la Presidencia a los académicos Rafael Forero Contreras (Colombia) y Antonio María Hernández (Córdoba, Argentina). Por último se convino que el siguiente Congreso se efectuase en Europa, dándose preferencia a la ya tantas veces postergada Galicia, con la alternativa de Cataluña, si Galicia no pudiese tomar el evento a su cargo.

VII Congreso: A Coruña (2010)

Galicia y el Presidente de su Academia D. José Antonio García Caridad habían acreditado desde el momento de nacimiento de esta Unión de Academias méritos más que suficientes para tener a su cargo la realización de uno de sus Congresos.

Se trataba de un sueño compartido pues desde que en 1997 se realizó en el Pazo de Mariñán la reunión en que se confirmó la constitución de la Mesa Permanente, me alentó el propósito de retornar a tan bello lugar. Fueron aquellos días muy felices, que compartí con mi amada esposa, hoy ausente, y dejaron en mi alma recuerdos imborrables. Desde entonces he luchado, junto al Presidente de la Academia de Galicia, por la concreción de ese anhelo.

A lo largo de esos años la Unión de las Academias de Jurisprudencia de Iberoamérica se ha fortalecido y ha crecido. A este Congreso han concurrido personas que la ayudaron a nacer y que ahora nos acompañan como autoridades honorarias, como Eduardo Roca Roca (Presidente honorario), y Francisco Javier Gaxiola (Vicepresidente honorario). A lo largo de los años se han sumado Academias de cuya existencia no teníamos noticia, como la de Bolivia, y otras que han nacido en esta última década y paulatinamente comenzaron a participar de esta tarea común. Por primera vez concurren a esta reunión representaciones de las noveles academias de Paraguay y Nicaragua.

Las dificultades están siempre presentes, pero se ha luchado denodadamente para vencerlas. Galicia ha dado muestra notable de como se logra superar los obstáculos económicos y de organización. A los esfuerzos y desvelos de su Presidente se ha sumado la muy eficiente colaboración de una Secretaria Técnica, María Morandeira Caridad, que ha sido herramienta indispensable para facilitar y concretar la asistencia de la casi totalidad de las Academias.

El Congreso se efectuó desde el 13 al 15 de octubre y desarrolló cuatro temas, a saber: 1) Derecho global; 2) Persona jurídica; 3) Arbitraje internacional; 4) Estatuto del consumidor.

Se trabajó de manera intensa y se elaboraron interesantes conclusiones, material que se reúne en el libro que ahora presentamos.

Por último el Consejo de Delegados, ofreció la sede del siguiente Congreso a la Academia de Ciencias Sociales de Chile, cuyo Presidente, Dn. José Luis Cea Egaña solicitó cuatro meses para determinar si se encontraba en condiciones de organizar el encuentro. Se anticipó que para el siguiente Congreso, que debería retornar a Europa, se dará preferencia a la Academia de Cataluña.

Además se reeligió la Mesa Permanente, para el período 2010 -2013, pero se agregaron dos Vicepresidencias, para atender la división en regiones e incluir en la Mesa al Presidente de la Academia

que tendrá a su cargo la organización del futuro Congreso, de manera que en la nómina se incluyó a Dn. José Luis Cea Egaña (Chile), y a Dn. Luis de Angulo y Rodríguez (Granada), de la región Andalucía y Canarias.

Esto trajo también como consecuencia que Dn. Luis de Angulo dejara el cargo de Director del Secretariado, para el cual se designó al académico colombiano Dn. Rafael Forero Contreras, y como Secretaria de Presidencia a la española Dña. María Morandeira Caridad.

Pongo fin a estas palabras que han excedido la presentación de este libro para trazar un esquicio de la historia de esta Unión de Academias de Jurisprudencia de Iberoamérica, libro que la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación puede publicar gracias al mecenazgo de la Excma. Diputación Provincial de A Coruña.

Luis Moisset de Espanés

Córdoba, agosto de 2012

Prólogo



*Excmo. Sr. D. José Antonio García Caridad,
Presidente de la Real Academia Gallega de
Jurisprudencia y Legislación*

Solo unas breves líneas para presentar este libro como colofón del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, que la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación tuvo el honor de organizar conforme al acuerdo adoptado por la Mesa Permanente de Academias en su reunión celebrada en Madrid el 4 de junio de 2008 y cuya Presidencia de Honor aceptaron SS.MM. Los Reyes de España.

El Congreso atrajo a A Coruña a muy destacados juristas del mundo hispánico, en el incomparable marco del Pazo de Mariñán, cedido por la Excm. Diputación Provincial de A Coruña a tal fin, destacando la presencia de Presidentes de doce países Americanos y de las once Academias en funcionamiento de España. Autoridades representando al gobierno, administración autonómica, municipal y mundo académico nacional e internacional, contaron con una alta representación en el Congreso. Fueron días inolvidables.

La alta calidad de los trabajos aportados entorno a las cuatro ponencias desarrolladas: Derecho Global, Persona Jurídica, Arbitraje Internacional y Estatuto del Consumidor, son fruto del trabajo de algunos de los mayores expertos juristas internacionales en la materia, siendo aprobadas, tras un debate académico, las conclusiones en la sesión plenaria de cierre del Congreso y, de las que damos cuenta en este libro, que ofrece en versión impresa, lo que fue el VII Congreso de Academias Jurídicas.

Agradecemos a todos aquellos que desde los diferentes ámbitos nos brindaron su apoyo, por ayudarnos a hacer posible este Congreso y, de manera especial, a la Presidencia de la Excm. Diputación Provincial de A Coruña, sin cuya colaboración no sería posible la publicación de este libro que pretende contribuir a la difusión del Derecho; a la Xunta de Galicia, a los Ministerios de Educación y Justicia, al Excmo. Ayuntamiento de A Coruña y al Consello da Avogacía Galega.

Libro que dedicamos a la memoria de Eduardo Roca Roca, fallecido en mayo de 2011. Una gran pérdida. Fue el impulsor, hace 20 años, de la Conferencia de Academias Iberoamericanas de la que somos parte y su primer Presidente. Hablar con él era encontrar a un interlocutor de primer nivel. No solo por sus inmensos conocimientos del Derecho, también porque no a diario se encuentra uno a un intelectual de su talla, de su sentido del humor, vitalidad y su gran sencillez. Un buen hombre, compañero y amigo. Tenemos la obligación de continuar este legado.

José Antonio García Caridad

LA CASA REAL Y EL VII CONGRESO



EL JEFE DE LA CASA DE
S. M. EL REY

jk.
002/10

SS.MM. los Reyes, accediendo a la petición que tan amablemente Les ha sido formulada, han tenido a bien aceptar la

PRESIDENCIA DE HONOR

del **"VII CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA Y FILIPINAS"**, que se celebrará en A Coruña del 13 al 15 de octubre próximo.

Lo que me complace participarle para su conocimiento y efectos.

PALACIO DE LA ZARZUELA, 27 de enero de 2010

EL JEFE DE LA CASA DE S.M. EL REY,

EXCMO. SEÑOR PRESIDENTE DE LA ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN.

A CORUÑA

COMITÉ DE HONOR

PRESIDENCIA DE HONOR

SS. MM. Los Reyes de España

PRESIDENCIA DEL CONGRESO

EXCMO. SR. D. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

Presidente de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas

EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD

Presidente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Vicepresidente de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas

AUTORIDADES MESA PRESIDENCIA

EXCMO. SR. D. ALFONSO RUEDA VALENZUELA

Conselleiro de Presidencia, Administracións Públicas e Xusticia

ILMO. SR. D. SALVADOR FERNÁNDEZ MOREDA

Presidente Excmo. Diputación Provincial de A Coruña

EXCMO. SR. D. MIGUEL ÁNGEL CADENAS SOBREIRA

Presidente Tribunal Superior de Justicia de Galicia

ILMO. SR. D. CARLOS GONZÁLEZ GARCÉS

Teniente Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de A Coruña

EXCMO. SR. D. EDUARDO ROCA ROCA

Presidente de Honor de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas

CONSEJO GENERAL DEL CONGRESO

Por la Mesa Permanente de Academias Iberoamericanas:

EXCMO. SR. D. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

Presidente de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica

EXCMO. SR. D. EDUARDO ROCA ROCA

Presidente Honorario de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica

EXCMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER GAXIOLA OCHOA

Vicepresidente Honorario de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica

EXCMO. SR. D. RAFAEL NAVARRO VALLS

Vicepresidente de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica

EXCMO. SR. D. FERNANDO SERRANO MIGALLÓN

Vicepresidente de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica

EXCMO. SR. D. JOSÉ GUARDIA I CANELA

Vicepresidente de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica

EXCMO. SR. D. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Vicepresidente de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica

EXCMO. SR. D. LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ

Director de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica

SR. D. RAFAEL FORERO CONTRERAS

Secretario de Presidencia

Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica

Por la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación:

EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD

Presidente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Vicepresidente de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica

ILMO. SR. D. JOSÉ LUIS LÓPEZ MOSTEIRO

Vicepresidente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

EXCMO. SR. D. JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ

Secretario General de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

ILMO. SR. D. ARSENIO CRISTÓBAL Y FERNÁNDEZ-PORTAL

Bibliotecario/Tesorero de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

ILMO. SR. D. FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN

Vocal de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

ILMO. SR. D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

Vocal de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

EXCMO. SR. D. JESÚS VARELA FRAGA

Vocal de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

COMITÉ ORGANIZADOR

Junta de Gobierno

Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD
Presidente

ILMO. SR. D. JOSÉ LUIS LÓPEZ MOSTEIRO
Vicepresidente

EXCMO. SR. D. JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ
Secretario General

ILMO. SR. D. ARSENIO CRISTÓBAL Y FERNÁNDEZ-PORTAL
Bibliotecario/Tesorero

ILMO. SR. D. FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN
Vocal

ILMO. SR. D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG
Vocal

EXCMO. SR. D. JESÚS VARELA FRAGA
Vocal

SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO

EXCMO. SR. D. JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ
Secretario General de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia

SECRETARÍA TÉCNICA

SRA. DÑA. MARÍA MORANDEIRA CARIDAD

COMITÉ CIENTÍFICO

Coordinadores de Ponencias

DERECHO GLOBAL

Presidente

EXCMO. SR. D. RAFAEL NAVARRO VALLS
Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Coordinador

EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS MEILÁN GIL
Académico de Número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

PERSONA JURÍDICA

Presidente

EXCMO. SR. D. FERNANDO SERRANO MIGALLÓN
Presidente de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación

Coordinador

ILMO. SR. D. JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES
Académico Miembro Correspondiente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

ARBITRAJE INTERNACIONAL

Presidente

EXCMO. SR. D. JOSÉ GUARDIA I CANELA
Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

Coordinador

ILMO. SR. D. DOMINGO BELLO JANEIRO
Académico de Número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

Presidente

EXCMO. SR. D. MARCO GERARDO MONROY CABRA
Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

Coordinador

SR. D. JOSÉ RICARDO PARDO GATO
Académico Miembro Correspondiente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

ACADEMIAS PARTICIPANTES

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA (ARGENTINA)

Representada por

DR. D. JUAN CARLOS PALMERO

Presidente

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES (ARGENTINA)

DR. D. EDUARDO AGUIRRE OBARRIO

Presidente

Representado por

DR. SANTOS CIFUENTES

Académico de Número

ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS JURÍDICAS DE BOLIVIA

Representada por

DR. D. RAMIRO MORENO BALDIVIESO

Presidente

ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES, POLÍTICAS Y MORALES

Representada por

DR. D. JOSÉ LUIS CEA EGAÑA

Presidente

ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA

Representada por

DR. D. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

ACADEMIA COSTARRICENSE DE DERECHO

DR. D. RICARDO ZELEDÓN ZELEDÓN

Presidente

Representado por

DR. D. ERNESTO JINESTA LOBO

Secretario General

ACADEMIA DE DERECHO DE HONDURAS

DR. D. CARLOS LÓPEZ CONTRERAS

Presidente

Representada por

DR. D. SERGIO ZAVALA LEIVA

Presidente

ACADEMIA MEXICANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

DR. D. FERNANDO SERRANO MIGALLÓN

Presidente

Representada por

DR. D. OSCAR VÁSQUEZ DEL MERCADO

Académico de Número

ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE NICARAGUA

Representada por

DR. D. KARLOS MANUEL NAVARRO MEDAL

Presidente

ACADEMIA PARAGUAYA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Representada por

DR. D. BONIFACIO RÍOS AVALOS

Académico de Número - Secretario

ACADEMIA PERUANA DE DERECHO

DR. D. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Presidente

Representada por

DR. D. LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA

Vicepresidente

ACADEMIA PORTORRIQUEÑA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Representada por

DR. D. ANTONIO GARCÍA PADILLA

Presidente

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE VENEZUELA

Representada por

DR. D. ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

Presidente

ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Representada por

EXCMO. SR. D. ÁNGEL BONET NAVARRO

Presidente

ACADEMIA ASTURIANA DE JURISPRUDENCIA

Representada Por

EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS PÉREZ DE CASTRO

Presidente

ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BALEARES

Representada por

EXCMO. SR. D. MIQUEL MASOT MIQUEL

Presidente

ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE CATALUÑA

Representada por

EXCMO. SR. D. JOSÉ D. GUARDIA I CANELA

Presidente

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE GRANADA

Representada por

EXCMO. SR. D. LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ

Presidente

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

EXCMO. SR. D. LANDELINO LAVILLA ALSINA

Presidente

Representado por

EXCMO. SR. D. RAFAEL NAVARRO VALLS

Secretario General

REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD

Presidente

REAL ACADEMIA SEVILLANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

EXCMO. SR. D. PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS

Presidente

Representado por

ILMO. SR. D. VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO

Académico de Número

ACADEMIA VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Representada por

EXCMO. SR. DON FRANCISCO REAL CUENCA

Presidente

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE VALLADOLID

EXCMO. SR. D. ALFONSO CANDAU PÉREZ

Presidente

Representado por

ILMO. SR. DON JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

Académico de Número

PROGRAMA DE ACTOS

Martes 12 de octubre de 2010

11,00 a 20,00 horas: Recepción de congresistas. Acreditación de representantes y entrega de documentación.

Miércoles 13 de octubre de 2010

10,00 horas: Solemne Sesión de Apertura en el Pazo de Mariñán (Sres. Académicos, Toga o traje oscuro).

10,30 a 10,45: Pausa. Café.

10,45 a 12,45 horas: Exposición Ponencia “Derecho Global” (Sala 1)

10,45 a 12,45 horas: Exposición Ponencia “Persona Jurídica” (Sala 2)

12,45 a 13,00 horas: Pausa

13,00 a 14 horas: Sesiones de trabajo: discusión en las Comisiones de las Ponencias y conclusiones, para su elevación al Pleno del Congreso (Salas 1 y 2).

14,00 horas: Almuerzo de trabajo.

16,00 a 20,00 horas: Sesiones de trabajo: discusión en las Comisiones de Ponencias y conclusiones, y en su caso enmiendas, para su elevación al Pleno del Congreso (Salas 1 y 2)

21,00 horas: Cena en el Pazo de Mariñán

Jueves 14 de octubre de 2010

09,30 a 11,30 horas: Exposición Ponencia “Arbitraje Internacional” (Sala 1)

09,30 a 11,30 horas: Exposición Ponencia “Estatuto del Consumidor” (Sala 2)

11,30 a 11,45 horas: Pausa. Café.

11,45 a 13,45 horas: Discusión en las Comisiones de las Ponencias y conclusiones, para su elevación al Pleno (Salas 1 y 2)

14,00 horas: Almuerzo de trabajo.

16,00 a 19,00 horas: Discusión en las Comisiones de las Ponencias y conclusiones, y en su caso enmiendas, para su elevación al Pleno (Salas 1 y 2).

21,00 horas: Recepción en el Palacio de María Pita, Excmo. Ayuntamiento de A Coruña.

Viernes 15 de octubre de 2010

10,00 a 12,00 horas: Sesión de Clausura.

12,30 horas: Salida en autocar a Santiago de Compostela.

14,30 horas: Almuerzo de Clausura en el Gran Hotel de Santiago de Compostela.

19,30 horas: Misa del peregrino en la Catedral de Santiago de Compostela (invocación al Apóstol)

PROGRAMA ACOMPAÑANTES

Miércoles 13 de octubre de 2010

Visita ciudad de Santiago de Compostela. Regreso a los Hoteles a las 19,00 horas.

Jueves 14 de octubre de 2010

Visita ciudad de A Coruña y alrededores: Regreso a los Hoteles a las 19,00 horas.

Viernes 15 de octubre de 2010

Salida en autocar a Santiago de Compostela a las 12,30 horas (programa Congresistas).

SECCIONES DEL CONGRESO

PONENCIA: DERECHO GLOBAL

Coordinador General: *D. Rafael Navarro Valls*

Coordinador AGJYL: *D. José Luis Meilán Gil*

Miembros AGJYL:

D. José Luis Conde Salgado

D. Jesús Varela Fraga

D. Luis Maside Miranda

D. Jesús Martínez Girón

D. Antonio Platas Tasende

D. Alberto Arufe Varela

D. Santiago Nogueira Gandásegui

D. José Ricardo Pardo Gato

D. Francisco Javier Sanz Larruga

D. José Manuel Calderón Carrero

MESA DE LA SECCIÓN

Presidente: *D. Rafael Navarro Valls*, Secretario General Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Coordinador: *D. José Luis Meilán Gil*, Académico Numerario de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Vocal: *D. José Luis López Mosteiro*, Académico de Número y Vicepresidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Vocal: *D. Jesús Varela Fraga*, Académico Numerario y Vocal de la Junta de Gobierno de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Secretario: *D. Luis Maside Miranda*, Académico de Honor de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

PONENCIA: PERSONA JURÍDICA

Coordinador General: *Dr. Oscar Vásquez del Mercado*

Coordinador AGJYL: *D. José Luis García-Pita y Lastres*

Miembros AGJYL:

D^a Consuelo Castro Rey

D. Francisco Manuel Ordóñez Armán

D. Miguel Ángel Pérez Álvarez

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Miguel Ángel Caamaño Anido

D. José Antonio García Vila

D. Víctor Peón Rama

D^a Angélica Díaz de la Rosa

D^a Rocío Quintáns Eiras

MESA DE LA SECCIÓN

Presidente: *Dr. Oscar Vásquez del Mercado* (México) Académico México (Rpte. del *Dr. Serrano Migallón*, Presidente de la Academia Mexicana)

Coordinador: *D. José Luis García-Pita y Lastres*, Académico Miembro Correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Vocal: *D. Arsenio Cristóbal y Fernández-Portal*, Académico de Número y Bibliotecario de la Junta de Gobierno de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Vocal: *D. José Antonio García Vila*, Académico Miembro Correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Secretarias: *D^a Angélica Díaz de la Rosa* y *D^a Rocío Quintáns Eiras*, Académicas Adheridas de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

PONENCIA: ARBITRAJE INTERNACIONAL

Coordinador General: *D. Josep Guardia i Canela*

Coordinador AGJYL: *D. Domingo Bello Janeiro*

Miembros AGJYL:

D. Modesto Barcia Lago

D. José Luis Conde Salgado

D. Antonio Díaz Fuentes

D. Alejandro Fernández Barreiro

D. José Manuel Liaño Flores

D. Santiago Nogueira Romero

D. Francisco Puy Muñoz

D. Luis Rodríguez Ennes

D. José Seoane Iglesias

D. Ramón Alonso Pizzi

D. Rafael Colina Garea

D^a Inmaculada García Presas

D. Santiago Nogueira Gandásegui

D^a Milagros María Otero Parga

D. Ramón P. Rodríguez Montero

MESA DE LA SECCIÓN

Presidente: *D. Josep Guardia i Canela*, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

Coordinador: *D. Domingo Bello Janeiro*, Académico Numerario de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Vocal: *D. Francisco Puy Muñoz*, Académico Numerario de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Vocal: *D. José Luis Conde Salgado*, Académico Numerario de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Secretaria: *Milagros María Otero Parga*, Académica Miembro Correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

PONENCIA: ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

Coordinador General: *Dr. Marco G. Monroy Cabra*

Coordinador AGJYL: *D. José Ricardo Pardo Gato*

Miembros Comité AGJYL:

D. Miguel Ángel Pérez Álvarez

D. José Luis García-Pita y Lastres

D. Antonio Fraga Mandián

D. Augusto José Pérez-Cepeda Vila

D. Roberto Rodríguez Martínez

D^a Victoria de Dios Vieitez

MESA DE LA SECCIÓN

Presidente: *Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra* (Presidente Academia Colombia)

Coordinador: *D. José Ricardo Pardo Gato*, Académico Miembro Correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Vocal: *D. José Luis Seoane Spiegelberg*, Académico Numerario y Vocal de la Junta de Gobierno de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Vocal: *D. Antonio Fraga Mandián*, Académico Miembro Correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia

Secretario: *D. Augusto José Pérez-Cepeda Vila*, Académico Miembro Correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

PONENCIAS Y COMUNICACIONES PRESENTADAS

PONENCIA: DERECHO GLOBAL

PONENCIA:

1.- DERECHO GLOBAL Y PRINCIPIOS, *D. José Luis Meilán Gil*, Académico Numerario de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Catedrático y ex Rector de la Universidad de A Coruña, Exconsejero de Estado

COMUNICACIONES:

2.- GLOBALIZACIÓN Y DERECHO HUMANOS: ESPECIAL REFERENCIA A SU PROTECCIÓN, *D. Luis Maside Miranda*, Académico de Honor de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Doctor en Derecho

3.-DERECHO DEL TRABAJO GLOBAL. A PROPÓSITO DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 1927/2006 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2006, POR EL QUE SE CREA EL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN. *D. Jesús Martínez Girón*, Académico de Honor de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Catedrático de Derecho del Trabajo y *D. Alberto Arufe Varela*, Profesor Titular de Derecho del Trabajo Universidad de A Coruña, Vicepresidente del Instituto de Investigación de la ACDCTSS

4.- EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA, *D. Santiago Nogueira Gandasegui*, Académico Miembro Correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

5.- LA JUSTICIA UNIVERSAL, *D. José Ricardo Pardo Gato*, Académico Miembro Correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

6.- LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y SUS IMPLICACIONES PARA EL DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO: ¿HACIA UN NUEVO DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONALIZADO O GLOBALIZADO?, *D. José Manuel Calderón Carrero*, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario Universidad de A Coruña

7.- EL DERECHO AMBIENTAL Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL, *D. Francisco Javier Sanz Larruga*, Profesor Titular de Derecho Administrativo Universidad de A Coruña

8.- LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO, *D. Antonio Escura Viñuela*, Académico Numerario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

9.- LA DEFENSA DEL DERECHO PRIVADO FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA, *Dr. Ricardo Zeledón Zeledón*, Presidente Academia Costarricense de Derecho

PONENCIA: PERSONA JURÍDICA

PONENCIA:

1.- LA PERSONALIDAD JURÍDICA, EN EL DERECHO GLOBAL, Ponencia elaborada por el Comité de la *Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación*. (Coordinador: D. José Luis García-Pita y Lastres)

COMUNICACIONES:

2.- SUBJETIVIDAD Y OBJETIVIDAD EN LA PERSONA JURÍDICA DESDE LOS IMAGINARIOS CULTURALES HASTA LA CAPACIDAD JURÍDICA, D. Ángel Sánchez de la Torre, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

3.- PERSONAS JURÍDICAS E INSTITUCIONES EN UNA SOCIEDAD EN CRISIS DEL ESTADO DEL BIENESTAR, D. Jesús López Medel, Académico Numerario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Vicepresidente de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España

4.- LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO ARGENTINO, Dr. Juan Carlos Palmero, Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina)

5.- LA PERSONA JURÍDICA, Dr. Cesáreo Rocha Ochoa, Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

6.- NOTAS EN TORNO A PERSONALIDAD JURÍDICA, Dr. Efraín Hugo Richard, Académico Numerario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina)

7.- FUNDAMENTO Y DELIMITACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS, D. José Luis Martínez-Muñiz, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Valladolid

PONENCIA: ARBITRAJE INTERNACIONAL

PONENCIA:

1.- EL ARBITRAJE INTERNACIONAL (*Domingo Bello Janeiro* – Académico de Número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña. Árbitro del CIADI)

COMUNICACIONES:

2.- LAS VENTAJAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL POR CONTRAPOSICIÓN AL PROCESO JUDICIAL (*Rafael Colina Garea* – Académico Miembro Correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña)

3.- EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE IUS GENTIUM: LA DEUDA HISTÓRICA DEL ARBITRAJE MODERNO (*Antonio Fernández de Buján* – Académico de Número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Catedrático de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid)

4.- NOTAS SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL ANTE LA LEY 60/2003, 23 DE DICIEMBRE (*José Seoane Iglesias* – Académico de Número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación)

5.- CONSIDERACIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA Y LA IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y DIRECTRICES DE LA IBA SOBRE CONFLICTOS DE INTERESES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL (*Ramón Mullerat* – Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia i Legislació de Catalunya)

6.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE EN IBEROAMÉRICA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD (*Francisco La Moneda Díaz* – Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Extremadura.)

7.- TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL (*Fernando Sarmiento Cifuentes* – Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia)

8.- ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (*Marco Gerardo Monroy Cabra* – Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia)

9.- ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES – LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA DE LAS INVERSIONES, EL CASO DE BOLIVIA. DENUNCIA DE LA CONVENCIÓN DE WASHINGTON (*Ramiro Moreno Baldivieso* – Presidente de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia)

10.- EL ARBITRAJE EN PUERTO RICO (*Pedro F. Silva-Ruiz* – Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba/ Córdoba, Argentina)

PONENCIA: ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

PONENCIA:

1.-ESTATUTO DEL CONSUMIDOR, Ponencia elaborada por el Comité de la *Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación*, (Coordinador: D. José Ricardo Pardo Gato)

COMUNICACIONES:

2.-PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR EN DERECHO COLOMBIANO, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

3.-DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO GLOBAL, Dr. Bonifacio Ríos Avalos, Miembro de Número y Secretario de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales

4.-REFORMAS INTRODUCIDAS A LA LEY 24.240 DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR POR LA LEY 26.361, Juan Manuel Aparicio, Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina)

5.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS NORMATIVAS DE CONSUMO ESPAÑOLA E ITALIANA, D. Agustín Luna Serrano, Académico Numerario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

6.- EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR EN DERECHO PUERTORRIQUEÑO, Dr. Pedro F. Silva-Ruiz, Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Políticas de Córdoba (Argentina)

REGLAMENTO

VII CONGRESO DE LAS ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA Y FILIPINAS

TÍTULO I

Objeto del Congreso

ARTÍCULO 1.- De la promoción del Congreso.

El “VII Congreso de las Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas” lo organiza la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación en cumplimiento del acuerdo adoptado en la reunión de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, presidida por el Presidente de dicha Mesa el Excmo. Sr. D. Luis Moisset de Espanés, celebrada en Madrid el día 4 de Junio de 2008.

ARTÍCULO 2.- Denominación oficial.

Su denominación oficial es la de “VII Congreso de las Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas”, y así figurará en la documentación del Congreso.

ARTÍCULO 3.- Tiempo y lugar de su celebración.

El Congreso se celebrará durante los días 13, 14 y 15 de Octubre de 2010, tendrá como sede la de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Plaza del Pintor Sotomayor, s/n, (Edificio del Consulado), A Coruña (España), previéndose la posibilidad de que se celebren sesiones en otras dependencias y localidades. La Secretaría oficial del Congreso se establece en la citada sede de ésta Institución.

ARTÍCULO 4.- Finalidad del Congreso.

El Congreso tiene como finalidad la presentación de Ponencias, debate y discusión de las mismas así como de las enmiendas que en su caso se formulen y, consecuentemente, someter al Pleno las conclusiones adoptadas.

ARTÍCULO 5.- Ponencias del Congreso.

Las materias sobre las que versarán los trabajos de las distintas Ponencias se desarrollarán en las siguientes Secciones:

Primera Sección: “Derecho Global”

Segunda Sección: “Arbitraje Internacional”

Tercera Sección: “Persona Jurídica”

Cuarta Sección: “Estatuto del Consumidor”

ARTÍCULO 6- Presidencia del Congreso.

La Presidencia del mismo será ostentada por el Excmo. Sr. Don Luis Moisset de Espanés, presidente de la Mesa Permanente de las Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas y el Excmo. Sr. Don José Antonio García Caridad, Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, con la Presidencia de Honor de SS.MM. los Reyes.

TÍTULO II

Órganos del Congreso

ARTÍCULO 7.- Consejo General del Congreso.

El Consejo General es el organismo rector del Congreso, que se constituirá a la iniciación del mismo y estará integrado por la Junta de Gobierno de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación así como por los Académicos de Número que esta designe y miembros de la Mesa Permanente de Academias.

La Presidencia del Congreso ostenta la Presidencia del Consejo General, recayendo la secretaría en el titular de la Junta de Gobierno de la Academia con los colaboradores que esta designe.

Al Consejo General corresponde la máxima representación del Congreso asumiendo todas las funciones relativas a su desarrollo, con facultad para otorgar las delegaciones que estime necesarias.

ARTÍCULO 8.- Comisión Organizadora.

La Junta de Gobierno de la Academia constituye la Comisión Organizadora del Congreso, que asumirá con carácter general la organización, programación y coordinación de los distintos trabajos previos al Congreso y de sus Comisiones. Corresponden a la Comisión Organizadora todas las funciones ejecutivas, pudiendo para su desarrollo, constituir las Secciones y las Delegaciones que estime pertinentes, así como la designación de los Vocales integrantes de las mismas.

ARTÍCULO 9.- De las distintas Subcomisiones de Trabajo.

Se integrarán por las personas designadas por el Presidente, con el asesoramiento de la comisión organizadora.

1.-SUBCOMISIÓN DE ESTUDIOS. Le corresponde la organización y coordinación de las cuatro Secciones del Congreso y el encargo de las Ponencias, de acuerdo con las directrices que haya tomado la Comisión Organizadora para el desarrollo de las sesiones y reuniones correspondientes destinadas a la preparación de los trabajos científicos del Congreso y la distribución y encargo de las ponencias.

2.- SUBCOMISIÓN DE FINANZAS. Le incumbe la tarea de administración, tesorería y contabilidad del Congreso, así como hacer propuestas del plan de recursos para atender a los gastos de su celebración.

3.-SUBCOMISIÓN DE RELACIONES PÚBLICAS Y DE ACTIVIDADES. Tendrá las funciones siguientes:

a) La proyección externa del Congreso, relación con las entidades oficiales, personalidades, congresistas y asistentes, y con los medios de comunicación social.

b) Velar por la atención de los congresistas, acompañantes y asistentes; organizando banquetes, excursiones, desplazamientos y en su caso el hospedaje de los asistentes.

ARTÍCULO 10.- Mesas de las Secciones.

Estarán formadas por un Presidente, tres Vocales y un Secretario, todos ellos designados por la Comisión Organizadora.

ARTÍCULO 11.- Ponencias.

La Subcomisión de Estudios, designará a un número suficiente de personas encargadas de elaborar cada una de las Ponencias, vinculando a su confección los expertos colaboradores que estime necesarios en número no superior a 12. Las Ponencias no deberán exceder de 50 folios cada una, en letra Times New Roman, de tamaño 12 y a doble espacio. El plazo para la presentación de las Ponencias finaliza el 15 de Abril de 2010, las cuales serán remitidas para su publicidad a las distintas Academias antes del día 15 de Mayo siguiente.

TÍTULO III**Congresistas y Asistentes****ARTÍCULO 12.- Requisitos.**

Serán Congresistas los Numerarios de las Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas que concurran al Congreso, los de Honor, Correspondientes y Adheridos de las Academias, que no podrán exceder por razones organizativas de 6 miembros en total por Academia invitada, así como los miembros que integran las diversas Secciones, Comisiones y Subcomisiones del Congreso.

ARTÍCULO 13.- Inscripción.

La inscripción de los Congresistas se realizará con anterioridad al 30 de Junio de 2010, y desde la fecha que se pone en conocimiento de las Academias la celebración del Congreso, de acuerdo con las condiciones que determinará la Comisión Organizadora.

El Secretario de la Comisión Organizadora librará la correspondiente credencial.

La inscripción implica el acatar las normas del presente Reglamento

ARTÍCULO 14.- Derechos de los Congresistas.

Los Congresistas tienen derecho a:

- a) Formular enmiendas a las Ponencias de las Secciones del Congreso.
- b) Participar con voz y voto en las Secciones en que figuren inscritos y en las Sesiones Plenarias, así como a ejercer todos los derechos que les confiere este Reglamento.
- c) Tomar parte en los actos complementarios.
- d) Recibir la publicación de las Conclusiones a que llegue el Congreso.

TÍTULO IV**Aportación de trabajos y comunicaciones****ARTÍCULO 15.- Presentación.**

Todo congresista podrá presentar las comunicaciones que crea conveniente referidas a las Ponencias, hasta el 15 de Septiembre de 2010. La presentación se efectuará en la Secretaría, que lo pasará a la Ponencia dictaminadora correspondiente. La comunicación no podrá exceder de 10 folios cada una, en letra Times New Roman, de tamaño 12 y a doble espacio.

ARTÍCULO 16.- Dictamen de la Ponencia.

Finalizado el periodo de presentación de las comunicaciones la Ponencia formulará su dictamen. Los dictámenes serán impresos y repartidos a los Congresistas y Asistentes.

ARTÍCULO 17.- Las Ponencias y las enmiendas que se formulen.

Se expondrán y discutirán en el Congreso

Todas las comunicaciones que hubiesen sido admitidas por la Comisión de Estudios, se pondrán a disposición de los Congresistas y se hará exposición resumida por el autor de cada una de ellas.

ARTÍCULO 18.-

Las enmiendas formuladas en forma de conclusiones, serán repartidas a los Congresistas y Asistentes inscriptos en la Sección correspondiente. En ningún caso, podrá cada enmienda exceder de 2 folios, de acuerdo con los formatos indicados.

TÍTULO V

Secciones del Congreso

ARTÍCULO 19.- Las Secciones.

Serán cuatro –de acuerdo con el Temario- y estarán presididas por la Mesa correspondiente. Podrán, en sesiones confeccionadas al efecto, tomar parte en las deliberaciones de cada una los Congresistas y Asistentes inscriptos en ella.

ARTÍCULO 20.- Funciones.

Las Secciones tendrán por función el estudio y discusión de la Ponencia y de las comunicaciones y, en su caso, de las enmiendas que le correspondan; así como la redacción de las Conclusiones a presentar al Pleno, que será el único órgano competente para la aprobación definitiva.

ARTÍCULO 21.- Deliberaciones.

Leído el dictamen de la Ponencia y las comunicaciones, si las hubiere, la Presidencia podrá fijar el número y duración de las intervenciones. Las deliberaciones se cerrarán con la aprobación del proyecto de Conclusiones que hayan de elevarse al Pleno.

Cada Sección designará un representante que defenderá ante el Pleno el proyecto de Conclusiones aprobadas.

ARTÍCULO 22.- Enmiendas a las Conclusiones.

Podrán ser reproducidas en el Pleno en forma de enmiendas a las Conclusiones, las opiniones de los congresistas sostenidas en la Sección que, aunque hubieren sido rechazadas, obtuvieren, cuando menos, un veinte por ciento de votos favorables del total de los emitidos, y siempre que sus mantenedores se reservasen expresamente este derecho. Así se hará constar en el acta de la Sesión y será comunicado a la Mesa del Pleno del Congreso, que será la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas.

Si el dictamen de la Ponencia no fuere aprobado por la Sección, por haber obtenido mayoría una enmienda a la totalidad o en parte, podrá ser reproducida en el Pleno, como una enmienda al todo o a la parte rechazada, si alcanzare el indicado veinte por ciento de votos favorables.

TÍTULO VI

Sesiones Plenarias

ARTÍCULO 23.- Composición.

Se celebrarán tantas Sesiones Plenarias como sean precisas, bajo la Presidencia de la Mesa del Congreso y a juicio de ésta, a las que podrán concurrir todos los Congresistas y Asistentes con los derechos que respectivamente les vienen reconocidos en este Reglamento. Estas Sesiones serán convocadas expresamente durante el desarrollo del Congreso.

ARTÍCULO 24.- Forma de deliberar.

Las Sesiones comenzarán el día, hora y lugar fijados en la convocatoria. Previa lectura, por el Presidente de la Sección correspondiente, de las Conclusiones de la Ponencia y de las enmiendas que hayan sido elevadas en forma al Pleno, se discutirán éstas en primer lugar, dando preferencia a las que, a juicio de la Mesa del Pleno, difieran más de las Conclusiones. Si son rechazadas las enmiendas se discutirán a continuación las Conclusiones. En el caso de ser aprobada alguna enmienda, no se discutirá la Conclusión que la contradiga, salvo que la Comisión de la Sección acordase mantenerla.

ARTÍCULO 25.- Defensa de las Conclusiones.

En las Sesiones del Pleno defenderán las Conclusiones de cada una de las Secciones la Comisión por la persona nombrada por éstas al respecto. La Comisión manifestará antes de iniciarse la discusión, si acepta alguna de las enmiendas, en cuyo caso no serán discutidas y quedarán incorporadas a las Conclusiones.

ARTÍCULO 26.- Discusión.

Para la discusión de las Conclusiones y enmiendas se concederán por la Mesa del Pleno los turnos a favor y en contra que crea oportuno, no debiendo exceder cada uno de diez minutos, si bien el Presidente podrá otorgar una prórroga por el tiempo que estime oportuno fijar, si la importancia del tema lo exigiere. La exposición y defensa de las Conclusiones por las Comisiones respectivas no consume turno.

TÍTULO VII**Disposiciones Comunes a las Secciones y al Pleno****ARTÍCULO 27.- Facultades de la Presidencia.**

El Presidente de las reuniones fijará el orden del día, dirigirá los debates y resolverá los incidentes que surjan. Podrá retirar la palabra a los que perturben las deliberaciones e incluso suspender la reunión en caso necesario.

ARTÍCULO 28.- Secretaría.

Cada Sesión tendrá uno o más Secretarios encargados de redactar las actas y dar lectura pública, salvo en los casos a que se refiere el artículo 29, a los dictámenes, conclusiones, enmiendas, acuerdos, comunicaciones y proposiciones que se dirijan al Congreso o a las Secciones; realizar el escrutinio de las votaciones y cumplir las restantes funciones propias del cargo.

ARTÍCULO 29.- Votaciones.

Cada Congresista presente tendrá un voto, tanto en las Secciones como en el Pleno. Quedarán aprobadas las propuestas que reúnan la mayoría absoluta de votos presentes.

Las votaciones podrán hacerse por alguno de estos procedimientos:

- a) Por asentimiento a la propuesta presidencial, si los presentes no manifiestan ningún parecer en contra.
- b) Por votación ordinaria consistente en levantar la mano, en primer lugar, los que aprueben la propuesta y a continuación los que no la acepten. Igualmente se contabilizarán las abstenciones. La Comisión Organizadora podrá proveer de cartulinas oficiales para la votación de la Sesión y en el Pleno.

ARTÍCULO 30.- Actas.

Se levantará acta de todas y cada una de las Sesiones celebradas. El Secretario General autorizará las del Pleno y las de las Secciones lo serán por sus respectivos Secretarios en funciones. Tendrá también a su cuidado el Secretario General la custodia de las actas autorizadas por los Secretarios, así como de toda la documentación del Congreso.

TÍTULO VIII

Clausura del Congreso

ARTÍCULO 31.- Sesión de Clausura.

Acabadas las Sesiones Plenarias se celebrará solemnemente la clausura del Congreso. La Presidencia pronunciará el discurso de clausura sobre las tareas del Congreso y las conclusiones adoptadas, y seguidamente ésta Presidencia o la de Honor en caso de asistir declarará clausurado el “VII Congreso de las Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas”.

ARTÍCULOS ADICIONALES

I.- Lengua del Congreso.

Será la lengua del Congreso el Español.

II.- Interpretación del Reglamento.

Las dudas que puedan surgir para la aplicación del presente Reglamento, así como lo no previsto en él, en todos sus aspectos se resolverán por la Mesa del Congreso. Ésta tendrá igualmente facultades para disponer la sustitución de las personas que integran las distintas ponencias, y, en su caso, adscribir las a otras.

III.- Coordinación.

Junto con los coordinadores/ponentes nombrados por la Academia para cada una de las Ponencias serán co-ponente/correlatores:

-Para el Estatuto del Consumidor: **Academia Colombiana de Jurisprudencia**, D. Marco Gerardo Monroy Cabra.

-Para Persona Jurídica: **Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación**, D. Fernando Serrano Migallón

-Para Arbitraje Internacional: **Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña**, D. José Guardia Canela.

-Para Derecho Global: **Real Academia de Jurisprudencia y Legislación**, D. Rafael Navarro Valls.

IV.- Publicaciones del Congreso.

La Comisión Organizadora se constituirá, después de la sesión de clausura, en comisión encargada de la publicación de las Conclusiones y acuerdos del Congreso.

PONENCIA:
DERECHO GLOBAL

DERECHO GLOBAL: Realidades y Principios

José Luis Meilán Gil

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de A Coruña

Miembro de la Academia Gallega
de Jurisprudencia y Legislación

Ex-Consejero de Estado

SUMARIO: 1. El fenómeno de la globalización y la necesidad de una respuesta jurídica. 2. Derechos humanos y globalización. 3. Virtualidad expansiva de los derechos humanos. 4. Derechos humanos y Derecho internacional. 5. Justicia universal y Corte Penal Internacional. 6. Jurisprudencia internacional y Derechos nacionales. 7. La OIT y la globalización del Derecho del Trabajo. 8. Fuentes y muestras de un Derecho administrativo global. 8.1. El Fondo monetario internacional (FMI). 8.2. La Organización mundial de la salud (OMS, WHO). 8.3. La Organización mundial del comercio (OMC, WTO). 8.4. Codex Alimentarius. 8.5. El panel intergubernamental sobre el cambio climático (IPPC) y los Protocolos de Montreal y Kioto. 8.6. El Comité de Basilea y el G-20. 8.7. Las agencias de calificación. 8.8. La International Organization for Standardization (ISO). 8.9. El movimiento olímpico. 9. Reconocimiento jurisprudencial. 10. El paradigma del Derecho público global. 10.1. Constitucionalismo global. 10.2. El Derecho administrativo global. 11. Bases para la construcción de un ordenamiento público global. 11.1. Orientación metodológica. 11.2. La perspectiva americana. 11.3. Meeting point y patrimonio común. 12. Derechos fundamentales como inspiradores de los diferentes ordenamientos jurídicos. 13. Naturaleza principal del Derecho administrativo global. 14. Reflexión conclusiva

1. El fenómeno de la globalización y la necesidad de una respuesta jurídica.

La globalización es un término que puede ser discutido e interpretado de diferentes maneras e, incluso, visto como un nuevo mecanismo de dominación política. Vinculado de un modo interesado a las transacciones económicas a nivel mundial¹, es preciso liberarlo de esa ganga de carácter reduccionista, para configurarlo como la expresión de una realidad que necesita estar regida por principios de justicia, que proporciona sentido y justificación al Derecho.

1 Para el FMI es “el proceso de acelerada integración mundial de las economías a través de la producción, el comercio, los flujos financieros, la difusión tecnológica, las redes de información y las corrientes culturales” (FMI, *World Economic Outlook*, Washington, 1997).

Acontecimientos de diverso signo han contribuido a convertir en una realidad innegable el ideal de la humanidad. El mundo en que habitamos nos es más próximo. Los progresos técnicos de la comunicación, sin duda, han hecho que los acontecimientos que suceden en cualquier punto sean conocidos on-line y que puedan establecerse contactos personales y acuerdos comerciales en el nuevo mundo de INTERNET.

No es cuestión de desandar un largo trecho de nuestra historia común, como habitantes de este planeta que se llama Tierra, para comprobar cómo esa pertenencia a una comunidad humana se ha ido ensanchando como convicción y como, en todo caso, ha ido acompañada de un ordenamiento jurídico que pretende asegurar su desarrollo conforme a la razón, que hunde sus raíces en planteamientos éticos. El *ius gentium* romano y europeo, con su entronque en la naturaleza del hombre y su referencia a hombres y pueblos (*ius naturale*) el Internacional Law con referencia fundamental a Estados soberanos constituyen muestras suficientemente conocidas, ligadas a ilustres pensadores².

El concepto de humanidad se ha ido confirmando en la historia a través de las declaraciones de derechos referidos al hombre, independientemente de su adscripción a un concreto Estado (Virginia, 1779, Francia 1789) y de una manera formal y directa en la Declaración universal de Derechos humanos de 1948, concreción de lo expresado en la Carta de las Naciones Unidas. La Declaración se inicia hablando de “derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, cuyo menosprecio –en la memoria colectiva se encontraba reciente la segunda guerra mundial– ha originado “actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la Humanidad”.

La referencia a la Humanidad y no a los Estados es lo que daría pie para hablar de un Derecho global, como auténtico *ius commune totius orbis*, en otras palabras una “reformulación del Derecho”. Este exige poner el acento en la persona, más que en los Estados. Un Derecho referido a la “comunidad global” compuesta por personas en sí mismo consideradas e integradas en organizaciones varias, incluidas las de carácter supranacional o si se prefiere la “sociedad civil global”, comprende a quienes “compartiendo intereses comunes y valores universales, atienden a asuntos de dimensión global sin una dependencia jurídicamente necesaria de los Estados”³. La globalización expresa una intensificación y profundización de la interdependencia, lo que genera nuevos problemas de justicia, ante la comprobación del aumento de la diferencia entre los países en cuanto a su desarrollo, que clama por la solidaridad universal⁴.

La cooperación internacional es imprescindible y la desigual posición de los Estados en ese “estallido de la interdependencia planetaria”⁵ explica que se haya hablado de “un cosmopolitismo moral”⁶. La realidad de la globalización no se reduce a un proceso socioeconómico determinista, aunque no es inocua esta concepción. Tras ese proceso, en el que no es difícil advertir tentaciones de un nuevo imperialismo⁷, hay “una humanidad cada vez más interrelacionada, personas y pueblos para los que el proceso debe ser de utilidad y desarrollo”⁸.

En todo caso, esa interdependencia y cooperación que requiere ha de abocar de alguna manera en un ordenamiento jurídico global que, en principio, permita el establecimiento de unas reglas de juego y la solución de los problemas que suscitan esas actividades de carácter esencialmente –y no meramente tácticas– supranacionales.

2 Cfr. R. DOMINGO OSLE, *¿Qué es el derecho global?*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

3 Cfr. R. DOMINGO, *op. cit.*, p. 146; op. S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Trento, 2009, cap. I.

4 Cfr. Benedicto XVI, Carta Encíclica *Caritas in veritate*, n. 43, “que es un hecho y un beneficio para todos, es también un deber”, en expresión de Pablo VI, Carta Encíclica *Populorum progressio*.

5 Benedicto XVI, *Caritas ...*

6 Cfr. A. HURREL, *Order ...* p. 37; Benedicto XVI, *Caritas ...* habla de la “urgente necesidad moral de una renovada solidaridad”, n. 49.

7 Cfr. M. BALLBÉ, “El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *RAP*, 174 (2007), muy crítico con lo que entiende la globalización como americanización.

8 Benedicto XVI, *Caritas ...* n. 42.

Los ordenamientos estatales resultan insuficientes e inapropiados. Han quedado desbordados por esa dinámica realidad de la globalización. Se aprecia en el ámbito económico, pero es perceptible en otros, aunque es frecuente comprobar también en ellos un interés económico. Todo eso plantea la cuestión de si existe un orden jurídico “al dilà dello Stato”⁹.

Hay asuntos que los Estados no pueden afrontar aisladamente, por la propia dimensión de aquéllos, no limitados a los respectivos territorios o jurisdicciones estatales, o porque la actividad de un Estado o en un Estado tiene repercusiones extraestatales. La existencia de la Corte Penal Internacional se justifica para castigar delitos contra la humanidad o delitos *iuris gentium*, la justicia universal, aunque entendida de un modo controvertido.

La preocupación por un desarrollo sostenible, del que han de beneficiarse generaciones futuras, explica iniciativas varias, que comenzaron en la Conferencia mundial de Estocolmo en 1972, continuando en Rio de Janeiro (1992), Montreal (1997), Copenhague (2009). En la misma línea el protocolo de Kioto sobre cambio climático y calentamiento del planeta, y la reunión de Copenhague de 2010¹⁰.

La actuación “on line” en todos los terrenos de la actividad humana es ya una realidad cotidiana. Internet es el nuevo vehículo que ha permitido afirmar, con muchos ejemplos que cualquier ciudadano puede ampliar, que *the world is flat*¹¹. El comercio y transacciones internacionales constituyen una muestra creciente.

La globalización afecta a funciones de los Estados como la fiscal o tributaria esencial para su hacienda y en último término para el mantenimiento de los servicios requeridos por los ciudadanos. La multiplicación de las operaciones económicas internacionales, las empresas de carácter transaccional, la deslocalización de las actividades, la emergencia de paraísos fiscales, han vaciado el contexto en el que inciden los ordenamientos tributarios¹².

La utilidad o la necesidad de la cooperación internacional se ha convertido en preocupación prioritaria en materia de terrorismo (Resolución del Consejo de Seguridad n. 3173) agudizada por el atentado del 11-S, sin el que no es explicable –no digo justificada– las guerras de Irak o Afganistán.

El recurso a una cooperación supranacional indispensable no ha surgido en nuestros días. Se puso de manifiesto en el primer tercio del siglo XX con las uniones internacionales en relación con servicios postales, telecomunicaciones, navegación, y después con la Organización Internacional del Trabajo, Organizaciones mundiales del comercio o de la salud, Fondo monetario internacional, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, por citar ejemplos relevantes. Con la mayor conciencia de la globalización se han incrementado las funciones del mismo alcance por entes internacionales a los que se han conferido o delegado nuevos poderes. Instituciones, incluso, que durante muchos años eran consideradas como meros foros para coordinar los esfuerzos de los Estados han adquirido una función independiente “in global governance”¹³. Su necesidad se ha incrementado con ocasión de la presente crisis financiera y económica.

La crisis económica, que empezó en 2007 y se manifestó con claridad en 2008 y todavía permanece, ha puesto de actualidad la relevancia de la regulación. Originada en la crisis del mercado financiero en EE.UU. como consecuencia de las llamadas hipotecas subprime y en un clima peligrosamente especulativo de los activos financieros, con productos cada vez más sofisticados, que provocó

9 *Ad exemplum* cfr. S. CASESSE, *Il Diritto* ... p. 17.

10 Cfr. J. SANZ LARRUGA, “El Derecho ambiental y sus relaciones con el Derecho administrativo global”, Comunicación al VII Congreso de Academias jurídicas y sociales de Iberoamérica y Filipinas. A Coruña, 2010.

11 T.L. FRIEDMAN, apud S. CASSESE, *Il Diritto globale*, Trento, 2009, p. 3

12 Cfr. J. M. CALDERON CARRERO “La globalización económica y sus implicaciones para el Derecho financiero y tributario”, Comunicación al VII Congreso de Academias.

13 Cfr. M.A. LIVERMORE, “Authority and legitimacy in global governance”, *New York University Law Review*, mayo 2006, p. 766.

el desplome de la Bolsa y la significativa quiebra del banco Lehman Brothers, se ha identificado su causa en los fallos de la supervisión por parte de la Reserva Federal.

La dimensión global de la crisis ha puesto en evidencia que los instrumentos y mecanismos estatales de supervisión son insuficientes. A superar esa insuficiencia responden las recomendaciones de Basilea II¹⁴ o del Foro de estabilidad financiera (FSF)¹⁵ convertido en Consejo del mismo nombre (FSB) por acuerdo del G-20, que propuso un marco regulador más fuerte y globalmente más coherente, en el marco de un sistema financiero mundial. La interdependencia supranacional requiere fórmulas de la misma naturaleza.

Por lo que se refiere al ámbito económico se trataría de la integración de los mercados, más allá de los instrumentos transnacionales, en un espacio global, en el que operan poderosas empresas multinacionales y se lleva a cabo una intensa deslocalización de la actividad productiva¹⁶.

Esos datos revelan que no siempre se da una correspondencia entre problemas o cuestiones que necesitan ser afrontadas de un modo global y las estructuras políticas que deben llevar a cabo esa misión. Unas veces porque no existen; otras por la dificultad de imponer una aceptación común a todos los Estados o simplemente porque algunos de estos no las aceptan debido a consideraciones de política interna. Se produce una pugna entre lo que podría denominarse interés global –de la Humanidad– y el interés general de cada país cuyo servicio eficaz y sometido a Derecho es fundamento y justificación del propio Estado, aunque sea miembro de la comunidad internacional.

La primera dificultad con la que se cuenta para la construcción de un auténtico Derecho global viene sugerida por la diferente naturaleza de organismos que tienen que ver con ese hipotético Derecho a construir o in fieri. No existe una Constitución, como sucede en los Derechos de los Estados. Tampoco un Poder legislativo y desde luego los entes con poder normativo son muy variados. En muchas ocasiones las fuentes de ese Derecho global proceden de convenciones y acuerdos internacionales o de Declaraciones universales pero, en todo caso, la aplicación de lo acordado y desarrollado no depende ya de los Estados firmantes. Aunque parezca teóricamente sorprendente ocurre que Estados que han contribuido a proporcionar esa cobertura supraestatal en ocasiones no siempre aceptan las decisiones de los organismos que han surgido como consecuencia del acuerdo inicial.

Muchos de esos acuerdos son de carácter sectorial¹⁷ suscritos por los Estados y su variedad y número constituyen otra dificultad para encontrar un substrato común, imprescindible para la construcción de un auténtico Derecho global.

En una primera aproximación habría que tomar como punto de referencia la estructura de los Estados. El aspecto constitucional de los Estados se correspondería en el ámbito global, en todo caso, con las declaraciones sobre derechos humanos y la existencia de un Tribunal o Corte penal internacional en cuanto a lo que afecta a la justicia universal.

El gran número y variedad de organismos que atienden a requerimientos sectoriales de carácter supraestatal hace que cobre especial importancia el denominado Derecho administrativo global¹⁸, que sería más correcto denominar Derecho público global teniendo en cuenta que no existe una Administración pública global organizada de acuerdo con principios de jerarquía y competencia, con

14 Cfr. Convergencia internacional de medidas y normas de capital: marco revisado, 2004 y Core Principles Methodology, 1996, 2006.

15 Cfr. Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience.

16 Sobre la dimensión social y ética, cfr. Benedicto XVI, *Caritas* ... p. 42.

17 Cfr. S. CASSESE, *Il Diritto* ... p. 11. Aunque el título del libro es *Diritto globale*, la exposición se centra fundamentalmente en el denominado Derecho administrativo global, en cuyo ámbito se constata el carácter sectorial aludido en el texto.

18 Cfr. D. ESTY, *Governance at the Supranational Scale: "Globalizing Administrative Law"*, *The Yale Law Journal*, n. 7 (2006); B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, "El surgimiento del Derecho administrativo global", *Rev. Pública Argentina*, n. 3 (2006); S. CASSESE, "Administrative Law Without in State? The Challenge of global regulation", *New York University Journal of international law and politics*, n. 4 (2005).

instrumentos y técnicas jurídicas que reconduzcan la variedad de las Administraciones públicas a una unidad intraadministrativa o superior.

Tampoco existe un gobierno global, parejo al de los Estados, ni siquiera al modo de las diferentes fórmulas de integración, uno de cuyos ejemplos es la Unión Europea. Y por supuesto, no existe un Jefe del Estado que proceda de unas elecciones o se funde en un principio monárquico reconocido constitucionalmente, ni un Presidente del Gobierno con relación directa o indirecta con un Parlamento para su nombramiento.

Un ordenamiento jurídico requiere para ser considerado tal, la existencia de algunas cumbres en el terreno político y administrativo, en el normativo, en el judicial. Intuitivamente no es difícil llegar a la conclusión de que su concreción no puede ser mera reproducción de los ordenamientos estatales a una escala superior porque, además de la diferente naturaleza de lo global y lo estatal-nacional, ese posible ordenamiento global no debe subsumir los ordenamientos estatales, de los que, por otra parte, ha de tomar principios ya consagrados. Se ha hablado de la necesidad e incluso urgencia de una “verdadera Autoridad política mundial”, con ocasión de analizar los problemas que plantea la globalización en su vertiente económica. Autoridad regulada por el Derecho, vinculada a principios de subsidiariedad y solidaridad y ordenada a la realización de bien común¹⁹, que implica “el desarrollo integral”, no meramente económico, de los pueblos²⁰.

En ese escalón habría que situar a unas Naciones Unidas, en un horizonte difícil de precisar y con una nueva configuración, liberada de los supuestos coyunturales que motivaron su actual organización, cuya dificultad no es preciso ponderar.

La realidad presente manifiesta la existencia de múltiples organismos varios con misiones de carácter global, en relación con los cuales se habla de gobernanza. Pretende ser una respuesta nueva a fenómenos nuevos, ligados a la globalización²¹. Estos fenómenos nuevos no pueden ser disciplinados por principios organizativos propios de ordenamientos jurídicos estatales, singularmente de la tradición europea y latinoamericana, por lo que se refiere a la gobernanza en el ámbito público.

Los primeros libros, en el mundo anglo-americano, aluden de un modo provocador a “Governance without Government” (1992)²². Se quiere con ello subrayar que la gobernanza es un fenómeno más amplio que el gobierno, que no implica la existencia de una autoridad oficialmente reconocida al estilo de los Estados –nación– que cuentan con los correspondientes instrumentos de poder para señalar y, sobre todo, asegurar la realización de los objetivos²³.

Desde la perspectiva jurídica esa capacidad del gobierno, que implica poder o potestad de formación y de ejecución con sus vertientes de imposición y corrección, más allá de la dirección se encuentra, en parte, sustituida por medios informales –soft law–, la negociación, la aceptación, el consenso en variadas formas. Las dos guerras mundiales supondrán un catalizador de una incipiente gobernanza–sociedad de Naciones– en el orden político y la organización internacional del Trabajo después de la guerra de 1914-1918. A la guerra mundial se intenta responder con una paz global.

19 Cfr. BENEDICTO XVI, *Caritas...*, núm. 67.

20 Ese desarrollo integral y la colaboración internacional “exigen el establecimiento de un grado superior de ordenamiento internacional de tipo subsidiario para el gobierno de la globalización”, Juan Pablo II, Carta enc, *Solicitud rei socialis*, p. 48 *apud loc. cit.*

21 Cfr. P. MOREAU DEARGES, *La gouvernance*, PUF, París, 2003. El término aparece ligado a la globalización. Por lo que se refiere a la gobernanza global en 1995 se crea una comisión en Naciones Unidas. Sistema de adoptar decisiones colectivas sobre materias de común interés, sobre problemas compartidos, sistema de gestión de asuntos mediante negociación permanente, el término es susceptible de diferentes sentidos en diferentes contextos: públicos, organizaciones, empresas....

22 Dir. James Rosenau y Ernest Czempiel.

23 Se trata de un esfuerzo intelectual que no se reducen al *desideratum* del buen gobierno. Esta es la orientación fundamental de J. RODRÍGUEZ-ARANA, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Thomson-Aranzadi. Cizur menor, 2006.

El fenómeno se desarrollará ampliamente después de la guerra de 1939-1945, como se apuntó con anterioridad.

En un ámbito que se define como global resulta perfectamente comprensible que el “gobierno” no pueda fundarse en la soberanía. Existe una igualdad teórica –que debe ser real– entre los Estados que se basan en aquella. Los objetivos a cumplir en esa hipotética acción de gobierno global no son predeterminados por constituidos titulares del correspondiente poder. Son resultado de cooperaciones que definirán incluso los objetivos con la suficiente concreción, no obstante, para que puedan traducir el interés general, en este caso, global, que será un interés considerado como común, no exclusivo o propio. El propio pluralismo legal global, no sólo suministra las reglas del juego, se ha dicho, sino que constituye el mismo juego que incluye a los jugadores²⁴.

La gobernanza global, por su propia naturaleza, no puede ser uniforme. Ha de operar sobre una realidad articulada. Es –o debe ser– general cuando se trata de derechos humanos, dada la esencial igualdad de sus titulares, cualquiera que sea el lugar en que se encuentran. Ofrece más dificultades en campos acotados por acuerdos que, en muchos casos, sin embargo, no pueden desligarse de la generalidad de los derechos humanos, como sucede con la salud.

Esa parcelación de ámbitos, dentro de la globalidad común conduce a que se conciba como una actuación en red (network) en la que no existe el principio de jerarquía. Se ha hablado en ese sentido de que la gobernanza se materializa en clubs²⁵. Quizá no debe generalizarse la afirmación, pero es comprobable en algunas significativas muestras con aspiraciones de influencia global. Como todo club el acceso es restringido y su carácter exclusivo. No hacen falta una amplia estructura de carácter permanente. Nace de un acuerdo y el ingreso se realiza por procedimientos de cooptación. Un ejemplo relevante son los G-8, G-9, ampliado a G-20 como consecuencia de la crisis económica mundial, por no hablar del G-2 (USA y China) de importancia creciente. Esa realidad difiere esencialmente de la organización –y gobierno– estatales, en donde resulta inimaginable que los distintos organismos y entes y agencias por muy independientes que sean puedan ser consideradas a la manera de un club, ni dentro del Estado, ni con el Estado.

En el ámbito global en que opera la gobernanza es corriente que actúen entidades privadas (agencias de calificación, ISO, por ejemplo) y ONGs, organizaciones sindicales (en la OIT) y comités de expertos (International Panel on Climate Change, IPCC, en Naciones Unidas). De todos modos, una cierta dosis de gobernanza puede constatarse en el gobierno de los Estados. Aunque constitucionalmente el Gobierno dirija la política interior, no es infrecuente que tenga que pactar no sólo con partidos políticos para determinados asuntos de relevancia nacional, sino con sindicatos y organizaciones empresariales, sin aludir a acuerdos más o menos formalizados con grupos de presión sociales y económicos.

El acotamiento de las parcelas, que componen el interés global, en su conjunto, constituye una dificultad para la gobernanza hasta el punto de que se ha afirmado que “la gobernanza es el meollo del fallo de la globalización” (STIGLITZ). Ciertamente es una tarea difícil, por lo complejo y variado de su objeto. Presenta, además, el peligro de la posible manipulación por actores más poderosos. De ahí que sea imprescindible su sometimiento a reglas y a principios de Derecho y validez global, para que la sociedad civil no se convierta en una mera palestra de la política²⁶. Se trata de un proceso, fundado en la paulatina aceptación y en el consenso, activado por convicciones comunes sobre las que debe asentarse la convivencia.

La importancia, y aun podría añadirse, la urgencia de contribuir a un auténtico ordenamiento jurídico global, que responda a principios de justicia, la evidencia la realidad. Entes públicos y privados

24 Cfr. C. HARLOW, *The European Journal of International Law*, vol. 17, nº1 (2006) p. 189.

25 En 1992 se creó en Londres el Centro para el estudio de la gobernanza global y en 1995 en Naciones Unidas la Comisión para la Gobernanza global.

26 Cfr. A. HURREL, *Order and justice in international relations*, Oxford University Press, 2003, p. 39.

se imponen a Estados, saltando por encima de Parlamentos y gobiernos (backdoor rules), que acatan sin discusión sus decisiones, supuestamente, en casos, con invocaciones más o menos explícitas a derechos humanos que justificaría la iniciativa.

Ha ocurrido con la OMS en relación con la gripe A, con perjuicios económicos para Estados, al influir negativamente en el turismo, u obligándoles a comprar masivas cantidades de vacunas que no han sido utilizadas. Las decisiones adoptadas con base a discutibles criterios científicos no han dejado de suscitar inseguridad y motivado correcciones como ha sucedido con el IPCC²⁷. Y lo que es más significativo, con ausencia de una dación de cuentas que genere responsabilidades cuando se reconoce que ha existido algún error de apreciación. Para no referirse a las periódicas declaraciones de Agencias privadas de calificación de rating que, al incidir en los mercados financieros, generan un efecto negativo en la colocación de títulos de la deuda de los Estados²⁸.

La construcción de ese ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta la realidad actual, habría de dirigirse a lo que de un modo aproximado podría denominarse el constitucional global y el político-administrativo global, que podrían englobarse en un genérico **Derecho público global**, con instancias en las que se tratara de aquellos dos ámbitos. Al primero habría de reconducirse lo relativo a los derechos humanos, incluida la violación criminal de los mismos²⁹.

Los derechos humanos y su fuerza expansiva, que ha conducido a su incorporación a ordenamientos estatales y supraestatales, configurados como derechos fundamentales de la persona, constituyen un primer elemento para la fundación de un ordenamiento jurídico global. Su procura justifica la existencia de los Estados y su consideración puede orientar la búsqueda de una solución a las aludibles incompatibilidades entre el interés general, el bien común de las comunidades organizados en Estados y el interés general, el bien común global de la más amplia comunidad que es la humanidad misma asentada en el planeta tierra.

2. Derechos humanos y globalización.

La globalización con su referencia a un espacio supraestatal y que no se reduce a una relación entre Estados soberanos, sino que implica un espacio jurídico común, en el que participan con organizaciones no gubernamentales y entes privados ha hecho que desde diversos puntos se hable de una revitalización del *ius gentium* como superador de un *ius inter gentes*³⁰, del Derecho internacional clásico, e incluso de un retorno al Derecho natural (natural law) no sólo por una adhesión de carácter ético –by faith– sino también por miedo (fear of mankind)³¹. No es conveniente quedar fuera del sistema.

La perspectiva de los derechos humanos constituye una vía fecunda para no contemplar la globalización y su posible Derecho limitados al ámbito económico³².

En esa dirección cobran una especial relevancia los derechos universales contenidos en solemnes declaraciones. No es del caso realizar su análisis³³, sino subrayar la virtualidad que pueden tener para proporcionar principios que sean orientadores del derecho global y de sus parcelas.

27 Cfr. Informe encargado por el secretario General de Naciones Unidas, Bam Ki-Moon. En general, J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Marcial Pons, Madrid, 2009.

28 Cfr. *Ad exemplum*, Precisiones publicadas de Moody's y de Standard Poor's para Europa en la que apuntan rebajas de solvencia de la deuda de diversos países. El comportamiento de los mercados, siguiendo la pauta de esas Agencias, está en el agudo problema de Grecia, a cuyo rescate tuvo que acudir la UE, así como la resaca que afectó a España, entre otros países y que urgió a la adopción de pruebas de estrés de las entidades financieras acordada por la UE.

29 Como se ha sugerido al aludir a la gobernanza, no es descartable que en el proceso hacia el ideal que la misma noción implica, la operatividad en red sea una primera solución.

30 Cfr. J. RAWLS, *The law of Peoples*, Harvard University Press, 1999.

31 Cfr. A. H URREL, *op.cit.*, pp. 39-40.

32 Cfr. J-C ALLI ARANGUREN, *Derecho administrativo y globalización*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004 p. 363.

33 Cfr. L MASIDE, *Globalización y derechos humanos*, Comunicación al VII Congreso de Academias.

Aunque las declaraciones universales tienen, obviamente, una ambición coherente con su título, no será inocuo recordar que iniciativas que pueden considerarse como antecedentes remotos y en contextos diferentes –la Carta Magna de 1215, el Bill of Rights británico de 1689– tenían por finalidad frenar la discrecionalidad real, limitar los excesos del ejercicio del poder del Rey. La Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 de los revolucionarios franceses comienza afirmando que “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos”. En términos actuales y en positivo podría decirse que el respeto de esos derechos es condición para una buena gobernanza.

El preámbulo de la Declaración universal de derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948, considera “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho”. Esos derechos pivotan sobre la dignidad de la persona humana y la Declaración se presenta como “ideal común”, con el compromiso de los Estados miembros de Naciones Unidas a asegurar el “respeto universal y efectivo” de esos derechos y libertades.

Los derechos de la Declaración han sido positivizados por sendos Pactos de 16 de diciembre de 1966: el internacional de derechos civiles y políticos y el de derechos económicos sociales y culturales, dando pie a que se hable de derechos de segunda y tercera generación.

Unos y otros derechos se encuentran juntos en Declaraciones posteriores como la Convención Americana sobre Derechos humanos de 22 de noviembre de 1969, cuyo tratamiento unitario se refleja en el preámbulo, aunque su artículo 26 se refiere al desarrollo progresivo de los derechos económicos y sociales.

En la misma línea se inscribe la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 27 de julio de 1981 en cuyo preámbulo se expresa el convencimiento de que “los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad”. La razón de ese convencimiento, fácilmente comprensible teniendo en cuenta el ámbito de la Carta, es que la satisfacción de los derechos enunciados en segundo lugar “constituye una garantía del disfrute” de los primeros.

El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 se adopta también en la onda de la Declaración universal de 1948, con una conexión a “un régimen político verdaderamente democrático”³⁴. Su aceptación es condición para incorporarse al Consejo de Europa creado en 5 de mayo de 1949, constituido inicialmente por un núcleo de países nítidamente europeos y en la actualidad notoriamente ampliado en cuanto al número y la ubicación geográfica y, en todo caso, no coincidente con la Unión Europea.

El origen explica la declaración de su preámbulo, que se refiere a “los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos, fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia”. Ese principio de imperio del Derecho obliga a los miembros del Consejo de Europa, como “el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. Esa obligación se garantiza con la institución del Tribunal Europeo de Derechos humanos (art. 19 del Convenio), que ha desarrollado una amplia jurisprudencia, de modo que el ciudadano de uno de los Estados miembros puede acudir ante el Tribunal alegando violación por el Estado de un derecho fundamental.

La sucinta exposición que acaba de hacerse permite describir algunas diferencias dentro de lo que se denominan derechos humanos, que en ocasiones se sustituyen por derechos fundamentales. En el fondo se encuentra la tensión entre la universalidad de todos y la resistencia de los ordenamientos jurídicos estatales respecto de algunos. Una cuestión objeto de estudio por los filósofos y teóricos

34 Sobre la interpretación, cfr. D. I. GARCÍA SAN JOSE, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea*, Universidad de Sevilla 2001 y prólogo de J.A. CARRILLO SALCEDO.

del Derecho³⁵, con dos corrientes principales que podrían denominarse naturalista y positivista, con posiciones que puede hacerse compatibles en la teoría³⁶. Un punto de discrepancia se encuentra en la fundamentación de esos derechos³⁷, aunque es común referirse a la dignidad de la persona, que no siempre se interpreta del mismo modo³⁸. El fundamento ha de buscarse fuera del Derecho positivo, que reconoce los derechos universales, no los crea. El derecho positivo colabora a que sean reales y efectivos, pero no constituye su última ratio, como revela la historia al constatar la ausencia o la interpretación torcida de los mismos, lo que ha justificado las Declaraciones citadas con anterioridad.

La fundamentación no puede desligarse de la referencia antropológica como reconoció la Declaración de Derechos de Virginia de 1776. Existen derechos inherentes a los hombres por naturaleza. De un modo dialéctico y pragmático no exento de utilitarismo puede sostenerse que el problema no es fundamentar los derechos humanos, sino protegerlos (BOBBIO). Pero, la renuncia a su fundamento puede conducir, si no a la negación de los derechos que se encuentran reconocidos en Declaraciones universales y pactos internacionales, a una interpretación reduccionista de los mismos que los desnaturalice y, en definitiva, les prive de la universalidad proclamada.

No se trata de desconocer la existencia de diferentes tradiciones culturales y religiosas. La declaración de 1948 fue resultado de una convergencia consciente de ellas, expresión de un “ideal común”, que ha de mantenerse y fortalecerse. Esos derechos, se ha dicho con autoridad moral, “se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones”. Arrancar los derechos humanos de ese contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, con lo que peligraría su universalidad. Se trata de que cada vez más, por el contrario, sean presentados “como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales”³⁹. Es lo adecuado a la realidad global con la que nos enfrentamos, para dar respuesta a aspiraciones de justicia y solidaridad entre sus miembros, como subyace en alguna de las declaraciones⁴⁰.

3. Virtualidad expansiva de los derechos humanos.

Las declaraciones y convenciones de derechos humanos han mostrado su virtualidad expansiva de varias maneras. Sin ánimo de jerarquizar por criterios de importancia, una de ellas es su configuración como derechos fundamentales de los Estados, que han de ser interpretados conforme a esas declaraciones⁴¹ evitando, como se acordó en Helsinki en los comienzos de los años setenta, que el reconocimiento de los mismos fuese interpretado unilateralmente, lo que equivalía a desvirtuarlos, aunque subsistiesen formalmente⁴².

Otra es el desarrollo que de ellos se realiza en Tratados como el CEDH al que se adhiere la Unión Europea. El inicial artículo 6 del Tratado de la Unión ha sido redactado de nuevo por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 en el que se reitera la adhesión al CEDH y que los derechos en el

35 Cfr. J.J. MEGIAS QUIROS, coord., *Manual de derechos humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Thomson-Aranzadi, 2006. Cfr. Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Comisión nacional de derechos humanos, México, 2004. TRUYOL SERRA, *Los derechos humanos*, 4ª ed. Tecnos, Madrid, 2000. M. CASTILLO, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

36 Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, M.Pons, Madrid, 1996.

37 Cfr. P. SERNA BERMUDEZ, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, EUNSA, Pamplona, 1990.

38 Cfr. R. SPAEMAN, *Zur kritik der politischen Utopie*, Ernst Klett Verlag, Stuttgart, 1977, ed. española en Eunsa, Pamplona, 1980.

39 Discurso de Benedicto XVI ante la Asamblea de Naciones Unidas, 18 de abril de 2008.

40 Cfr. artículo 21 de la Carta africana: cooperación económica internacional basada en el respecto mutuo, el intercambio equitativo y los principios del Derecho internacional.

41 *Ad exemplum*, artículo 10,2 de la Constitución española de 1978.

42 El artículo 30 de la Declaración Universal de 1948 niega a los Estados el derecho a adoptar iniciativas conducentes a la supresión de cualquiera de los derechos o libertades proclamados en ella.

garantizados así como “los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”; en otras palabras, como orientadores del Derecho comunitario.

El mismo Tratado refuerza la posición de la Unión Europea a favor del reconocimiento de los derechos humanos. Desde su preámbulo, al proclamar que “se inspira en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona”, y se reitera en un nuevo artículo –1 bis– al decir que la Unión “se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana y respeto de los derechos humanos”.

De otra parte, la Unión tiene aprobada una Carta de Derechos fundamentales⁴³ que “tendrá el mismo valor jurídico de los Tratados”⁴⁴, zanjando debates doctrinales. De este modo, por sucesivos desarrollos y concreciones se va ampliando la influencia de los derechos humanos.

4. Derechos humanos y Derecho internacional.

Los derechos humanos han mostrado su influencia en la orientación del Derecho internacional, al referirse directa y prioritariamente a la persona. Los tratados sobre derechos humanos tienen una naturaleza especial, que por estar guiados por valores comunes superiores se diferencian de los tratados clásicos, que se limitan a regular los intereses de los Estados, partes de los mismos, y reclaman una interpretación uniforme. Las relaciones internacionales, desde la perspectiva de los derechos humanos, no se rigen por reglas que derivan exclusivamente de los propios Estados⁴⁵.

En una reconstrucción del *ius gentium*, como derecho universal –los teólogos españoles del siglo XVI, Victoria y Suárez, son una referencia– se ha hablado en el ámbito del Derecho internacional de un derecho universal de la humanidad. “No se puede visualizar la humanidad como sujeto del Derecho a partir de la óptica del Estado, lo que se impone es reconocer los límites del Estado a partir de la óptica de la humanidad”⁴⁶.

Desde la perspectiva de la globalización los Estados no actúan como soberanos en el exclusivo, cuando no excluyente, interés de sí mismos-el Estado– sino de las personas y comunidades a quienes representan y como agentes de un bien común internacional de acuerdo con el que puede ser “juzgado” y evaluado.

La emergencia de estructuras de gobernanza transnacional supone un cambio en la tradicional configuración de los Derechos de los Estados y del Derecho internacional “the law of the nations is the law of sovereigns” (VATTEL).

5. Justicia universal y Corte Penal Internacional⁴⁷.

La globalización ha impulsado la necesidad de su adecuado ordenamiento jurídico penal que, obviamente, incluye la existencia de un órgano judicial del mismo alcance. Ello implica revisar principios tradicionales relativos a la soberanía de Estado y la territorialidad de los delitos y la extradi-

43 Estrasburgo, 7 de diciembre de 2000.

44 Nueva redacción del artículo 6 del Tratado de la Unión acordado en Lisboa

45 Cfr. J.A. CARILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

46 Cfr. A.A. CANÇADO TRINDADE, *El Derecho internacional de los Derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 532 y pp. 55-58. En ese sentido, J.J. CANOTILHO, *op.cit.*, p. 1276 “o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos humanos”.

47 Cfr. J. R. PARDO GATO, “Corte penal internacional y/o justicia universal ¿las dos caras de la misma moneda?”. S. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, “El principio de justicia universal en la praxis jurisprudencial española” *Comunicaciones al VII Congreso de Academias*, A Coruña, 2010. G. GALLEGO SÁNCHEZ, “El principio de justicia universal, en el ámbito de la jurisdicción penal española”, *Revista de jurisprudencia, El Derecho*, n.1 (2009).

ción de los delincuentes. La razón de ser de la justicia universal radica en la naturaleza de los delitos –crímenes– que se refieren a la humanidad. En ese sentido rebasan la competencia de un Estado que, como cuestión de principio, no debería oponerse a su persecución invocando su soberanía. Como en otros aspectos del posible Derecho global se está en un proceso no acabado, pero se vislumbra cuales son su líneas fundamentales.

Se parte de que según la “conciencia jurídica general” existe un núcleo inviolable, sustraído al ejercicio del poder estatal, que no puede ser vulnerado por ninguna ley ni por ninguna medida emanada del poder público⁴⁸. A ese sentimiento universal de justicia debieron apelar las potencias aliadas para improvisar la regulación legal en los juicios de Nüremberg, al final de la segunda guerra mundial.

6. Jurisprudencia internacional y Derechos nacionales.

Una muestra de la globalización jurídica la ofrece la jurisprudencia internacional. Los tratados internacionales son fuente del Derecho de los Estados que los suscriben de acuerdo con lo previsto en sus normas constitucionales, que no es del caso analizar. Es un procedimiento normal de enriquecer los ordenamientos según un principio de jerarquía o simplemente de prevalencia –o primacía– en la aplicación. Lo que aquí quiere subrayarse es que para resolución de conflictos la jurisprudencia internacional, en diversos ámbitos, revela que se aplica el Derecho internacional antes que el Derecho interno.

La Corte Internacional de Justicia, establecida por la Carta de Naciones Unidas como órgano judicial principal de las mismas, a la que tienen acceso como partes sólo los Estados para resolver las controversias suscitadas entre ellos aplica no sólo las convecciones internacionales expresamente reconocidas por los litigantes, sino también la costumbre internacional y los “principios generales del derecho reconocidos por las acciones civilizadas” (artículo 38) cuya determinación puede ser exógena al Derecho interno.

En algún caso ha quedado también de manifiesto que las Convenciones de Naciones Unidas prevalecen sobre los Tratados bilaterales firmados, de modo que se ha sostenido con razón el valor constitucional de aquellas⁴⁹, lo que vendría a clarificar el sistema de fuentes y enriquecerlo.

Singular importancia tiene el fenómeno descrito en relación con la convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada en Viena en 1980 fruto de la iniciativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional, a la que la Asamblea General recomendó que mantuviese una estrecha colaboración con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, creada en 1964 para promover el comercio en los países en desarrollo, estabilizar los precios de las exportaciones y eliminar barreras para los países industriales. Una abundante jurisprudencia ha recaído desde la aprobación de la Convención que afecta a un número creciente de Estados contratantes.

La Convención autoproclama su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación como criterios de interpretación. Ello implica que los Tribunales que resuelvan las controversias no acudan al Derecho interno para interpretar las cláusulas. La convención, se ha reconocido jurisprudencialmente, ha de interpretarse de un modo autónomo. Más aun, la jurisprudencia ha declarado que es admisible la referencia a la historia legislativa de la Convención, así como la doctrina internacional, en un claro posicionamiento respecto de la prevalencia o prioridad sobre el

⁴⁸ Cfr. H.H. JESCHECK, apud. S. NOGUEIRA, *Comunicación al VII Congreso de Academias*.

⁴⁹ Así ha procedido el Tribunal internacional del mar aplicando la convención de Naciones Unidas sobre el mar, firmada en Montego Bay en 1982, en una disputa sobre un tratado internacional suscrito por Australia, Nueva Zelanda y Japón (asunto del atún de aleta azul). Entre Reino Unido e Irlanda. (asunto de la Fábrica MOX). Cfr. S. CASSESE, *Il Diritto globale*, pp. 88 a 98. J. SOROETA, *La jurisprudencia del Derecho del mar* (1997-2005). Dicex, Madrid 2005 pp. 67 y ss.

Derecho interno. Refuerza esa orientación la doctrina jurisprudencial según la cuál los tribunales han de tener en cuenta los fallos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros. Otro criterio de interpretación es el principio de la buena fe en el comercio internacional, que se concreta en varios artículos de la Convención⁵⁰.

Resulta sintomático para lo que se está tratando que las lagunas que puedan detectarse han de ser colmadas acudiendo a los principios generales. Así lo manifiesta el artículo 7,2 de la Convención las cuestiones que no estén expresamente resueltas en la Convención: “se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa” la misma, sin recurrir, por tanto, al Derecho interno. Este sólo se aplicará para las cuestiones que la Convención no regule en absoluto. Uno de esos principios generales es el de la buena fe; pero otro, aunque no existe unanimidad, es el “predominio de la autonomía de la voluntad de las partes”.

Otros principios admitidos es el de informalidad, según el cual las partes son libres de modificar o extinguir el contrato de cualquier forma, por escrito, o verbalmente o de otro modo. También el de expedición, que rige en las comunicaciones, según el cuál todas ellas surten efecto entre las partes desde que la parte declarante las despacha por un medio de comunicación adecuado.

Un principio general reconocido por la jurisprudencia es que, salvo acuerdo en contrario, las partes están obligadas a respetar un uso ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional en contratos del mismo tipo. Es discutido si constituye un principio general el del favor contractus.

Por lo que se refiere al objeto del contrato, la Convención no define que se entiende por mercaderías. La jurisprudencia lo ha interpretado en sentido muy amplio. El asunto es de singular importancia para contratos de empresas con Estados en relación con inversiones a realizar en ellos. Puede observarse una tendencia a la internacionalización de los contratos públicos o contratos de Estado. La discusión respecto de la naturaleza de los mismos según el derecho interno que podría dar lugar a una modificación unilateral del contrato, a su terminación equivalente a una expropiación forzosa, ha forzado a esa internacionalización que pretende asegurarse en casos crecientes mediante cláusulas estabilizadoras o “cláusula paraguas”, con el objeto de que prevalezca el principio “pacta sunt servanda” y el principio de la buena fe, respecto del Derecho interno.

Así ha ocurrido, por ejemplo, con la discusión de si una concesión administrativa es un contrato o no, y si se trata de un contrato administrativo, del modelo franco-español-latinoamericano. Si no lo fuera no se aplicaría la Convención y, por tanto, sería de aplicación el derecho interno. Si se admitiera el contrato administrativo cabría la modificación unilateral en los términos permitidos por el Derecho interno. La “cláusula paraguas” persigue precisamente precaverse de la aplicación del Derecho interno.

La jurisprudencia se ha orientado a reconocer el equilibrio económico del contrato, y a reconocer la extinción del contrato “cuando especiales necesidades del Estado lo requieren”, no aceptando el modelo del contrato administrativo por no ser general⁵¹.

7. La OIT y la globalización del Derecho del Trabajo.

La OIT es una organización de ámbito mundial que fue creada por el Tratado de Versalles de 1919, que puso fin a la Primera Guerra Mundial. El contenido de esa Parte del Tratado se completó en 1944 –en plena Segunda Guerra Mundial– con una “Declaración” relativa a los fines y objetivos de la propia OIT, adoptada en la ciudad norteamericana de Filadelfia. Tras la conclusión de la Segunda

50 21, 29, 40, 47, 85 a 88.

51 Cfr. EZULETA, R. RINCON y S. JARAMILLO, “Global Administrative law and International jurisprudence” en *Global Administrative Law*, Cameron May, Londres, 2010, pp. 20 y ss.

Guerra Mundial, la OIT se vinculó a la Organización de Naciones Unidas, aunque funciona autónomamente amparada por su propia “Constitución”.

De acuerdo con su “Constitución”, la OIT actúa por medio de tres órganos principales: 1) la “Conferencia General”, que es una cámara democrática, en la que todos los Estados miembros de la OIT son formalmente iguales; 2) el “Consejo de Administración”, que es una cámara aristocrática, en la que se reserva un número fijo de puestos –en concreto, “diez”– a los Estados miembros “de mayor importancia industrial”; y 3) la “Oficina Internacional del trabajo”, servida por funcionarios internacionales a cuyo frente se encuentra un Director General, que actúa como soporte administrativo de las dos cámaras citadas. Lo que caracteriza tanto a la “Conferencia General” como al “Consejo de Administración” es su composición tripartita (gobiernos, empresarios, trabajadores).

Los ocho convenios de la OIT son tratados internacionales multilaterales, que se aprueban por mayoría de dos tercios. Se refieren a libertad sindical y negociación colectiva, eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, abolición del trabajo infantil, de clara significación⁵².

Además de esos convenios que han de ser ratificados y tendrán en cada país el efecto y valor que el Derecho nacional otorgue a los tratados de esa naturaleza, la OIT formula recomendaciones para que los miembros las examinen y las pongan en ejecución por los medios propios del Derecho nacional.

Para asegurar el cumplimiento del contenido los convenios se reconoce el procedimiento de reclamación, a iniciativa sólo de empresarios y trabajadores y el de queja, a instar por un Estado que da lugar a que se cree por el Consejo de Administración de la OIT una “Comisión de encuesta”. Un procedimiento específico es llevado a cabo por el “Comité de libertad sindical”, compuesto por nueve miembros, de representación tripartita, que auxilia al Consejo de administración en el examen de las quejas, en relación con las cuales formula recomendaciones al Consejo, previa la audiencia correspondiente del Estado concernido para la presentación de alegaciones.

La creación de la OMC y, en definitiva, su apuesta no concluida sobre la liberalización del comercio propició en EE.UU. la promulgación de una ley federal de comercio en 2002 que sería inspiradora de la U.E., una iniciativa surgida durante la presidencia del premier británico Tony Blair en 2005 y que cuajaría en el Reglamento 1927/2006 del Parlamento y el Consejo de 20 de diciembre, que creó el Fondo Europeo de adaptación a la Globalización en 2006, modificado por el Reglamento 546/2009 de 18 de junio. Es una prueba de la realidad del Derecho del Trabajo global⁵³.

8. Fuentes y muestras de un Derecho administrativo global.

La construcción de un ordenamiento jurídico completo, como un auténtico sistema, cuenta con realidades desde las que puede llevarse a cabo la tarea. Ni éstas son una entelequia, ni aquel objetivo una utopía. Ciertamente no carece de dificultades, pero no se parte de la nada no es un invento de juristas que conduciría a una suerte de “juristocracia”⁵⁴. Existen elementos suficientemente significativos con que trabajar y en que apoyarse. Bastará con referirse a muestras bien conocidas.

8.1. El Fondo monetario internacional (FMI).

El FMI se planteó en julio de 1944 en Bretton Woods al acordar los representantes de 45 gobiernos establecer un marco de cooperación económica para evitar los círculos viciosos de devalua-

52 Dos de ellos tienen la consideración de fundamentales: el relativo a la libertad sindical y el concerniente al derecho de sindicación y de negociación colectiva.

53 Ampliamente en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, “Derecho del trabajo global. A propósito del Reglamento CE núm 1927/2006 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, por el que se crea el Fondo europeo de adaptación a la globalización”, en VII Congreso de Academias, A Coruña, 2010

54 Cfr. C. HARLOW, *Global ...* p. 187-192, El mismo reconoce la aplicación de principios comunes (p. 203)

ciones competitivas que contribuyeron a la Gran Depresión de los años treinta, según su autopresentación. Fundado en 1945, forman parte de él 187 países. Sus fines según el artículo 1 de su Convenio constitutivo es fomentar la cooperación económica internacional, facilitar la expansión y crecimiento equilibrado del comercio internacional, fomentar la estabilidad bancaria, establecer un sistema multilateral de pagos para las transacciones corrientes y en último lugar, pero no menos importante, prestar recursos del Fondo con las garantías adecuadas a países para corregir los desequilibrios de sus balances de pago.

No es objeto de esta exposición realizar un análisis de lo que ha supuesto el Fondo, precisamente en el último de los fines citados. Para lo que aquí interesa convendría subrayar el poder del FMI y la dependencia de muchos países en desarrollo –de bajo ingreso en su terminología– que hace recordar los problemas en ellos creados por la deuda contraída. Importa destacar su función como órgano administrativo global.

Como tal el Directorio ejecutivo, compuesto por 24 miembros, está autorizado por la Junta de Gobernadores, compuesta por representantes de los gobiernos que se reúnen anualmente, para dictar las disposiciones reglamentarias, incluso normas financieras que sean necesarias o convenientes para la gestión de los asuntos del Fondo⁵⁵. Una potestad normativa que tiene por destinatarios a todos los “clientes” –los Estados– del Fondo y que estos que han de acatar. Una potestad que se desenvuelve en un ámbito de discrecionalidad, aunque tiene que rendir cuentas a los gobiernos de los países miembros.

Los países se comprometen a cumplir una serie de obligaciones como evitar prácticas monetarias discriminatorias, a facilitar al Fondo cuanta información éste “considere pertinente para sus operaciones” el artículo dice “el Fondo podrá exigir”.

La posición privilegiada del Fondo en el concierto internacional se manifiesta en su “inmunidad en cuanto a toda clase de procedimientos judiciales”; los bienes y activos del Fondo son inmunes a registro, requisa, confiscación o expropiación o “cualquier otra forma de incautación por actos del poder ejecutivo o legislativo”, además de inmunidad tributaria. Como fórmula de cierre de su situación, los países miembros han de adoptar las medidas necesarias para poner en práctica esos principios.

8.2. La Organización mundial de la salud (OMS, WHO).

Es un organismo especializado constituido de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas. Su carácter de órgano administrativo global, es patente a lo largo del articulado de su declaración constitutiva. Actúa como autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional (art. 2,a). Entre sus funciones se reconoce: “proponer convenciones, acuerdos y reglamentos y hacer recomendaciones referentes a asuntos de salubridad internacional” (art. 2 t) “desarrollar, establecer y promover normas internacionales con respecto a productos alimenticios, biológicos, farmacéuticos y similares” (art. 2 u).

El artículo 21 dispone que la Asamblea mundial de la salud “tendrá autoridad para adoptar reglamentos” en materias cuya enumeración no es ahora necesaria y que, como regla general, vinculan a todos los miembros. El Consejo es órgano ejecutivo de la Asamblea y puede “tomar medidas de emergencia” en relación, con epidemias u “organización de socorro sanitario”. Esas decisiones unilaterales, que se corresponden a la naturaleza de acto administrativo –decisión ejecutoria– activan un ordenamiento, un régimen jurídico especial que se acata por todos los países, con riesgos de grave responsabilidad si no lo cumplen. Las competencias no se limitan al soft law de las recomendaciones.

55 Sección 16 de los Estatutos.

Toda divergencia o disputa respecto a la interpretación o aplicación de la Constitución de la OMS no resuelta por negociaciones o la Asamblea “será sometida a la Corte Internacional de Justicia” (art. 75).

8.3. La Organización mundial del comercio (OMC, WTO).

Nace en el acuerdo de Marrakech de 1994 como derivación de los precedentes del GATT y la Ronda Uruguay⁵⁶. Pretende desarrollar un sistema multilateral de comercio integrado, como “marco institucional común” para las relaciones comerciales entre sus miembros. Es un foro de negociación (art. III, 2) y un conjunto de normas jurídicas derivadas de los acuerdos firmados por la mayoría de los países participantes en el comercio mundial, que obligan a sus gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de los límites convenidos. Tiene personalidad jurídica (art. VIII, 1), con privilegios e inmunidades (art. VIII,2). Un aspecto interesante, desde la perspectiva que aquí interesa, es que la OMC administra el “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” (art. III,3).

La conferencia ministerial, compuesta por representantes de todos los miembros tiene “facultad de adoptar decisiones sobre todos los asuntos comprendidos en el ámbito de cualquiera de los Acuerdos comerciales multilaterales”. Se reúne al menos cada dos años y sus funciones durante los intervalos se desempeñan por un Consejo General (art. IV,1 y 2).

El Consejo General puede reunirse en calidad de órgano de examen de las políticas comerciales y también de solución de diferencias, con un procedimiento en que se insta a la negociación entre las partes, incluyendo la posibilidad de mediación. Se trata de un procedimiento jurisdiccional, propio de un Tribunal judicial, con alegaciones y audiencia de las partes, incluida réplica. Una característica singular es el protagonismo del grupo especial de expertos que, en varias fases, redacta un informe final que se convierte en resolución del órgano de solución de diferencias si no es rechazado por consenso. Contra esa resolución cabe apelación que sólo puede fundarse en cuestiones de Derecho, y es resuelta por un órgano permanente integrado por siete personas de competencia reconocida en derecho y comercio internacional, no vinculadas a ningún gobierno y nombradas por un período de cuatro años⁵⁷.

8.4. Codex Alimentarius.

Se creó en 1963 como un proyecto conjunto de la Food and Agriculture Organisation (FAO) y la organización mundial de la Salud. Es un organismo que establece estándares que garanticen un mínimo de calidad de los productos alimenticios con aspiración de validez global que inciden, en consecuencia, en el tráfico comercial de la misma naturaleza. Antes de la creación de la OMC (WTO) los estándares establecidos por el Codex no tenían un carácter obligatorio, eran de aceptación voluntaria. Encajarían en lo que, con una amplia interpretación, se denomina soft law o recomendaciones.

Los acuerdos sobre Aplicación de Medidas sanitarias y fitosanitarias así como –significativamente– sobre Barreras técnicas al comercio (SPS/ TBT Agreements) proporcionaron al Código una capacidad coercitiva, al traspasar los Estados firmantes el correspondiente poder a esa organización, internacional por su origen. Esta circunstancia hace imprescindible contar con una instancia en la que se resuelvan posibles conflictos. Y no es difícil imaginar que las exigencias de cumplir con determinados estándares para protección de la salud se utilicen espuriamente por los países poderosos como

56 Se había propuesto su establecimiento en 1950 cuando se creó el FMI, propuesta rechazada por EE.UU. Según J.E.STIGLITZ, *Como hacer que funcione la globalización*. trad. española, Santillana, Madrid, 2006, p. 110. Se debió a que por algunos conservadores y corporaciones, supondría violación de la soberanía nacional y una excesiva regulación.

57 La excesiva duración en resolver los casos es una de las deficiencias –no exclusivas de la OMC– del sistema. Un caso concluido en 21 de enero de 2009 había sido iniciado en septiembre de 2004. El remedio de adoptar medidas de *retaliation* por el país que ha tenido una decisión favorable contra el que no quiere cumplirla por afectar a intereses vitales, con independencia de la descalificación jurídica que merece, no está al alcance del país económico y políticamente más débil. Cfr. Bhagirath Lall Das, *The WTO Agreements-Deficiencias, Imbalances and Required Changes*, TWN, Penang, Malaysia, 1998, pp. 9 y ss.

obstáculos para el comercio internacional. Por eso, con razón, se ha sugerido que pueda residenciarse la solución de los conflictos en el órgano de apelación de la OMC⁵⁸.

8.5. El panel intergubernamental sobre el cambio climático (IPPC) y los Protocolos de Montreal y Kioto.

En el itinerario vocacional del Derecho ambiental a su consideración como parte del Derecho global⁵⁹ están incidiendo diferentes iniciativas desde la primera reunión de Estocolmo en 1972⁶⁰. Para lo que aquí interesa convendrá recordar la creación del Panel o grupo intergubernamental sobre el cambio climático y los Protocolos de Montreal y Kioto. Constituyen un exponente característico de cómo se forma un ordenamiento global, de sus dificultades y de sus mecanismos de actuación.

El primero nace en el seno de Naciones Unidas en 1986. Está formado por expertos que tienen como función evaluar la información científica, técnica y socioeconómica sobre el cambio climático y determinar el impacto que éste puede tener, advirtiendo de riesgos y proponiendo medidas para prevenirlos y corregirlos.

El Protocolo de Montreal (1987) se refiere a la reducción de sustancias que destruyen la capa de ozono y el de Kioto (1987) se refiere a las emisiones de los gases de efecto invernadero. Este fue adoptado en 9 de diciembre de 1997 por las partes firmantes de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio climático⁶¹ el 9 de mayo de 1992 en Nueva York.

Los Estados signatarios se comprometen a lograr objetivos vinculantes y cuantificados de limitación y reducción de esos gases y previéndose la imposición de medidas correctivas a las Partes incumplidoras. Para hacer fácil el cumplimiento se ha establecido el mercado de emisiones con intercambios en las cuotas establecidas.

La Comunidad Europea, por decisión 2002/358/Ce de 25 de abril aprobó el citado protocolo, comprometiéndose los Estados a cumplir de forma conjunta el compromiso global de Kioto. La Directiva 2003/87 que modificó la 96/61/CE estableció un régimen para el comercio de derechos de emisión de esos gases. El artículo 4 de la Directiva establece que los Estados miembros velarán por que a partir de 2005 las instalaciones no lleven a cabo ninguna de las actividades contaminantes, salvo el permiso otorgado por la autoridad competente de acuerdo con lo dispuesto en la propia Directiva⁶².

Obviamente la vinculación de Kioto depende de que el protocolo haya sido suscrito. Son notorias las reticencias a hacerlo por las grandes potencias industriales (EE.UU., China, India). Aun con todo la última reunión de Copenhague, aunque decepcionante en su conjunto, ha supuesto un avance en el compromiso de los G-2 que pactaron al margen de la reunión. Y en los propios EE.UU., sin haber suscrito el protocolo, ha tenido efectos jurídicos⁶³.

El cambio de las grandes potencias se explica por la presión “ambiental”, a lo que contribuyen los periódicos informes del IPPC⁶⁴ y los lobbies ecologistas con frecuencia fuertemente ideologizados.

58 M.A. LIYERMORE, *Authority...*

59 Cfr. F.J. SANLARRUGA, *Derecho administrativo...* D. LOPERENA, *Desarrollo sostenible y globalización*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2003; B. LOZANO, *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, 2007, “Eclósión y crisis del derecho ambiental”, *RAP* n° 174 (2007), pp. 367 y ss.

60 Formé parte de la representación española.

61 El objetivo del Protocolo es reducir el total de las emisiones de seis gases de efecto invernadero, entre ellos el dióxido de carbono (CO₂) al menos en un 5% respecto al nivel de emisiones del año 1990 entre 2008 y 2012.

62 En España la Directiva fue transpuesta por Real Decreto-Ley 5/2004 de 27 de agosto convalidado en Ley 1/2005 de 9 de marzo. El Plan nacional de Asignación de derechos de emisión 2005-2007 fue aprobado por Real Decreto 1866/2004 de 6 de septiembre, modificado por R.D. 40/2005 de 21 de enero. Para 2008-2012 el Plan nacional fue aprobado por R. D. 1370/2006 de 24 de noviembre.

63 Sentencia Massachusetts vs. EPA, *apud*. M. BALLBÉ, “El futuro...”

64 El premio Nobel de la Paz de 2007 ha quedado recientemente oscurecido por un informe independiente que ha juzgado excesivos algunos de esos Special Reports on Emission del IPPC.

8.6. El Comité de Basilea y el G-20.

El Comité de Basilea fue creado en 1974. Esta compuesto por los gobernadores de los Bancos centrales o entidades encargadas de regulación bancaria en países de Europa⁶⁵ y EE.UU., Canadá y Japón. Por su composición encaja en lo que podría denominarse un club⁶⁶ de entes independientes⁶⁷ con funciones reguladoras y supervisoras en materia de financiación en sus respectivos países, atentos a su evolución en los ámbitos supraestatales cuya interrelación hasta alcanzar una dimensión global ha evidenciado la presente crisis financiera y económica.

En el ejercicio de ese cometido el Comité de supervisión de Basilea redactó un informe, conocido como Basilea II⁶⁸, en el que se estableció un marco para estimar la suficiencia de capital y los estándares mínimos a alcanzar, para que fueran adoptados por los países representados en el Comité. Fue diseñado para ofrecer posibilidades a los sistemas bancarios de todos los países, a cuya disposición quedaba el documento.

El objetivo fundamental, según propia declaración, era fortalecer la solidez y estabilidad del sistema bancario internacional. En ese sentido se propone fomentar la adopción de prácticas de gestión de riesgos más rigurosas, estableciendo la retención de capital equivalente al 8% de sus activos, ponderados por el riesgo, entre otras circunstancias.

El conocido G-20⁶⁹, es también un “club” compuesto por representantes de Estados que ha sucedido a los más exclusivos G-7 y G-9. En su reunión de Londres de 2009 y posteriormente de Pittsburg se realizó un análisis de la crisis y sus causas y se propusieron diferentes medidas que no es el caso de analizar. El diagnóstico de la situación, de un modo lapidario fue que “una crisis global requiere una solución global”. Se reconoció que “los grandes fallos en la regulación y supervisión financieras fueron causas fundamentales de la crisis”. Se propuso crear un marco supervisor y regulador más fuerte y globalmente más coherente. Además del compromiso de cada Estado para establecer unos sistemas reguladores más fuertes, se adoptó el de una mayor coherencia y cooperación sistemática entre los países, en el marco requerido por un sistema financiero mundial, “que promueva el decoro, la integridad y la transparencia”.

La Administración Obama consiguió la aprobación de lo que se ha denominado la mayor reforma financiera desde la “gran depresión” de los años 20⁷⁰. La idea de un superior global no se ha abierto camino. En la U.E: se opta por un órgano colegiado bajo la presidencia del BCE e integrada por miembros de los Bancos de los Estados y reguladores nacionales, que podrá hacer recomendaciones no vinculantes para los Estados. El ente superregulador europeo levanta reticencia en algunos Estados de la Unión.

Interesa subrayar desde la perspectiva del Derecho administrativo global la existencia de entes que sigan la evolución de la situación financiera. Es el cometido del Consejo de estabilidad financiera (FSF) que ha sucedido al Foro del mismo nombre por acuerdo del G-20 en su reunión de Londres,

65 Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Suecia, Suiza, España.

66 Cfr. en ese sentido M.S. BARR y G.P. MILLER, “Global Administrative Law: The View from Basel”, *EJLL*, vol. 7, n.1, 15-46

67 El modelo sería el Budesbank con amparo en el artículo 88 de la ley fundamental de Bonn.

68 Convergencia internacional de medidas y normas de capital: marco revisado. La versión completa es de 4 de julio de 2006 y compila un documento de 2004 y los acuerdos de 1988, y las revisiones de 1996 y 2005. Como consecuencia de la crisis se ha acordado la nueva regulación en Basilea III, en la línea de lo acordado en el G-20 que ha sido aprobada por la U.E. Se endurecen los requisitos. Desde un TIER 1 (Capital más reservas) del 2% obligatorio se fija un 7% para el horizonte 2013-2018 con una implantación gradual. Para los test de estrés de las entidades financieras se exigió un mínimo del 6% que muchas superaron.

69 A su reunión con el presidente Bush como invitado asistieron España y Holanda, inicialmente no integrantes del grupo. A él pertenece la Unión Europea.

70 Fue firmada por el Presidente el 21 de julio de 2010 y pretende, entre otras objetivos “holding Wall Street Accountable”, mayor transparencia y dación de cuentas, para proteger de prácticas financieras desleales y abusivas.

con mayores competencias y un mayor número de miembros⁷¹. Se les encomienda ampliar la regulación y vigilancia a todas las instituciones, los instrumentos y los mercados financieros sistemática importantes, que colaborará con el FMI para “advertir de ante mano de los riesgos macroeconómicos y financieros” y sobre las medidas necesarias para superarlos.

En abril de 2008, un año antes de la reunión del G-20 en Londres, el Foro de Estabilidad Financiera (FSF) había sometido a los Ministros de Finanzas del G-7 un Informe sobre fortalecimiento del Mercado y resistencia institucional, sobre el que volvió en octubre siguiente. En él se contenía una serie de recomendaciones, que reflejaban un consenso, para emprender acciones relativas a la debilidad del sistema financiero al que se consideraba, con razón, en la raíz de la crisis. Se trataba de que existiese menos apalancamiento de fortalecer la supervisión de modo que la transparencia permita identificar y manejar mejor los riesgos.

En el informe se ponía el acento en la necesidad de que las autoridades reguladoras incrementasen su responsabilidad en lo concerniente a los riesgos, alertando de la mayor complejidad del mercado y de los productos financieros, una quizá velada manera de referirse a lo que se ha ganado el nombre de “fondos basura”. En el muy completo informe, que se refiere también al discutible uso que se hace de ratings en el marco regulatorio, se reconoce de un modo diplomático, característico, que el progreso en esta materia “sólo puede ser gradual”⁷². El fallo no vino por falta de instrumentos, como de su inaplicación. Son las limitaciones del soft law en que el Derecho administrativo global consiste en buena medida, más allá de la tradicional categoría jurídica de fomento.

No deben desestimarse, sin embargo esas iniciativas. El Comité de Basilea nace como consecuencia de la quiebra del Herstat Bank en Alemania, inicialmente al servicio de un G-10 Bancos nacionales. En Basilea II alcanza a más de cien países, aunque el cumplimiento de las medidas adoptadas “varía ampliamente de país en país”. La crisis ayudará, sin duda, a una mayor aceptación. Y en todo caso, es un instrumento a favor de los gobiernos para superar resistencias interesadas en el interior del país⁷³.

8.7. Las agencias de calificación.

Las Agencias de calificación son compañías privadas⁷⁴. Puntúan la situación de las entidades financieras en todo el mundo en función de su solidez y advierten, negativamente, del riesgo de las mismas. Su misión es reflejar esa situación para el conocimiento de los inversores. No califican de la oportunidad económica de las posibles inversiones, sino de la credibilidad o fiabilidad. Inciden, por tanto, en los mercados y el comportamiento de estos puede ser altamente perturbador para la economía de un país, o de un continente como ha ocurrido con Grecia y la UE.

Acerca de su poder se ha dicho que “tienen poder para desestabilizar las economías nacionales, gobiernos municipales y las mayores corporaciones”. Los EE.UU. pueden destruir con bombas, y las agencias destruir rebajando la calificación de los bonos⁷⁵. Con frecuencia se publican en medios de comunicación las calificaciones con las letras AAA o BBB y diversas combinaciones con las que las Agencias advierten del grado de credibilidad que las entidades financieras merecen por una serie de datos de su negocio. La influencia en los inversores es clara. Las calificadas en el máximo nivel tendrán probablemente más clientes y también puedan a cambio de mayor seguridad pagar intereses

71 Argentina, Brasil, China, India, Indonesia, Corea, México, Rusia, Arabia Saudí, Sudr frica, Turquía, además de España y U.E.

72 Cfr. *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience*.

73 M.S.BARRY G.P. MILLED, *Ibidem*.

74 Las más conocidas son Standard&Poor’s Raitings Services, Moody’s Inverstors Service, Fitch Inverstors Service, Inc, fundadas en EEUU. La Moody’s com por ejemplo, según su propia publicidad, tiene 3.000 empleados en todo el mundo, con más de 1.000 analistas, sin contar convenios o *joint ventures* y realiza sus calificaciones y análisis en más de 100 Estados.

75 *Apud*, S.L. Schwarz, “Private ordering of public markets: The rating Agency paradox”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2000, No.2, (2002).

más bajos. En todo caso, lo sorprendente es que unas compañías privadas están regulando de facto mercados financieros, incidiendo en las políticas de los Estados que han de acudir a ellos para colocar sus títulos de deuda con que financiar políticas públicas o incluso cumplir con compromisos internacionales. De ese modo –y es una sorprendente paradoja– unas calificaciones privadas se convierten en “bienes públicos”.

La necesidad de hacer algo parece clara. Su regulación es inexistente o insuficiente y, desde luego, no es adecuada a la influencia global que tienen. Controlan de facto los mercados financieros internacionales. Su fuerza proviene de una admitida auctoritas profesional. Hechos fehacientes, sin embargo, revelan que su actuación dista de la infabilidad. Cuestiones reales, de suma trascendencia, que reclaman la respuesta adecuada en Derecho, habida cuenta de la indefensión en que se encuentran Estados que no sean lo más poderosos.

8.8. La International Organization for Standardization (ISO).

La ISO es una organización privada que establece estándares adecuados a diferentes productos industriales. Es innecesario subrayar la importancia de la normalización de sus características físicas no sólo para la producción, sino también para el comercio internacional y el tráfico correspondiente. Se trata de una organización de tipo asociativo extendida internacionalmente con miembros de pleno derecho, correspondientes y adscritos, con una Asamblea General, que es la suprema autoridad, un Consejo y un Secretario General, además de varios Comités.

Desde la perspectiva que aquí se está considerando ha de subrayarse el carácter participativo de la formulación de estándares que son una respuesta a requerimientos de los interesados, inicialmente examinados por un comité técnico. Sólo cuando la mayoría de sus miembros aprecia que tal requerimiento tiene “relevancia global”, que responde a una necesidad internacional se continúa el proceso que ha de concluir en un consenso. A conseguirlo, se sacrifica el tiempo necesario en el bien entendido de que “el consenso necesario, no implica unanimidad”. Se trata de poner a disposición de todos los posibles usuarios y consumidores unas reglas, categorías o características para conseguir un óptimo en un contexto dado, avalado por un uso común y repetido y basado en resultados consolidados de la ciencia, la tecnología y la experiencia.

Ese recurso a la participación y al consenso se entiende porque los estándares aprobados han de ser voluntariamente aceptados. Pero, dada su utilidad puede ocurrir, y ocurre, que sean adoptados por una autoridad pública. Es lo que sucede en Derechos de los Estados y es reconocido en la UE⁷⁶.

8.9. El movimiento olímpico.

El movimiento olímpico, dice la declaración del XIII Congreso olímpico celebrado en 2009 en Copenhague, abarca la sociedad global. De ello dio cuenta la presencia del Secretario General de las Naciones Unidas, lo corrobora la Carta olímpica y los Estatutos del Comité Olímpico internacional (IOC), suprema autoridad del movimiento. El carácter universal se evidencia no sólo por abarcar los cinco continentes, sino por declarada prioridad de la universalidad del deporte, de manera que todos los pueblos y culturas tengan acceso al deporte, desde sus niveles más bajos al olímpico. También por la propia autodefinición del olimpismo como una filosofía de vida, que trata de combinar cultura y educación. La referencia esencial a las personas, y no a los Estados, se manifiesta en la consideración de la práctica del deporte como un derecho humano. Y en ese sentido cobra toda su congruencia lo afirmado entre los principios fundamentales del Olimpismo sobre el rechazo a todo tipo de discriminación y en sentido positivo un espíritu de fraternidad y solidaridad, evocadores de históricas declaraciones, y fair play que implica, entre otras consecuencias, una fuerte oposición al comercio de nacionalidades y pasaportes.

76 Cfr. J.L.MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 200-205. E MACARET GARCÍA, “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales”, *RAP*, 116 (1988), PP. 291-294.

Se trata de una organización no gubernamental, cuya independencia se reitera, en la que además del IOC existen los Comités Olímpicos nacionales (NOCs) y las Federaciones internacionales de Deportes (IFs), además de los Comités para la Organización de los Juegos olímpicos (OCOGs).

Es innecesario, por notorio, subrayar la relevancia del movimiento olímpico para Estados y gobiernos. La presencia de jefes de Estado en las reuniones del IOC cuando se trata de decidir sobre las candidaturas de las ciudades en donde se celebrarán los juegos es suficientemente expresiva, si se tiene en cuenta, además que el IOC establece una serie de condiciones mínimas que las candidaturas deben contener para participar en la selección.

Relacionado con el COI está la Agencia Mundial Antidoping. En las conclusiones de la reunión de Copenhague se recoge que todos los gobiernos deberían cooperar con aquella agencia mediante la legislación y recursos en la lucha contra el doping.

Una declaración del máximo interés para lo que aquí está tratándose es que “la legitimidad y la autonomía del movimiento olímpico depende de mantener los más altos estándares de comportamiento ético y de buena gobernanza” que incluyen auditorias anuales y sanciones o retirada de ayudas financieras a quienes no cumplan con los principios de buena gobernanza.

De otra parte exista un Consejo internacional para el deporte (ICAS) con el objeto de resolver amigablemente las controversias que puedan surgir. Las que no se hayan resuelto de ese modo se someten a la **Corte de Arbitraje para el Deporte (CAS)** que ha resuelto numerosos casos. El CAS está compuesto por la Ordinary Arbitration Division y la Appeals Arbitration Division. Existe una minuciosa regulación del procedimiento a seguir ante ellos.

9. Reconocimiento jurisprudencial.

Constituye una realidad ordinaria que normas, estándares o criterios establecidos por órganos globales sean invocados por los ciudadanos ante los Tribunales, incluso de primer nivel, de los Estados y que sean aplicados por ellos en asuntos litigiosos. Unos ejemplos serán suficientes.

*Sucede con frecuencia en materia de **salud**, para determinar si existe derecho a la declaración de invalidez permanente de un trabajador⁷⁷, de propiedad industrial –marcas– en relación con medicinas de valoración y denominación genérica incluidas en la lista de medicamentos publicados por la OMS⁷⁸, o de ruidos de instalaciones industriales⁷⁹ o de aeronaves que suponen no sólo una vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria o a disfrutar un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45 C.E.) sino a la protección de la salud (art 47 CE)⁸⁰.

El conocimiento de la ciencia o de la técnica en el momento en que se produjeron unos daños es criterio para determinar la responsabilidad de la Administración. No existe cuando aquel no permita prever las circunstancias o hechos de los que derivaron los daños⁸¹. Para ello la jurisprudencia acude a los avances dados a conocer por la **OMS**⁸².

77 STS Cataluña 3599/2003 de 6 de junio.

78 STS de 10 de octubre de 1987, de 11 de julio de 1988, de 8 de septiembre de 1988.

79 SAP Pontevedra 159/2007 de 11 de abril.

80 La STC 119/2001, de 24 de mayo al resolver un recurso de amparo hace referencia a “las directrices marcadas por la organización Mundial de la salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar”. La STS de 13 de octubre de 2008 y el ATS de 14 de enero de 2009 (rec. 1553/2006) (caso Barajas) reconocen que la contaminación acústica es “muy superior a la aconsejada por la OMS”, como un argumento de autoridad que ayudó a la estimación del recurso interpuesto en la línea de la Jurisprudencia del TEDH, singularmente la sentencia de 16 de noviembre de 2004 por la que se declaró que España había vulnerado el artículo 8 de CEDH sobre el derecho al respeto del domicilio y la vida privada.

81 Artículo 141 de la Ley 30/1992 de Régimen común de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común.

82 STS de 31 de mayo de 1999, *leading case*.

*La falta de publicidad en materia de **contratación pública** o para **explotación de una patente** en territorio de un Estado vinculado a la **OMC** va en contra de los principios de ella y no sólo del Derecho comunitario de la UE⁸³.

Existe, sin embargo, camino para avanzar. Es doctrina del TJCE que los acuerdos OMC, firmados por la Unión Europea, “no forman parte en principio de las normas respecto a las cuales el Tribunal de justicia controla la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias”. Esto sólo sucede cuando “la Comunidad tenga el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC, o cuando el acto comunitario se remite expresamente a disposiciones precisas de los acuerdos de la OMC”⁸⁴.

*La asunción del **protocolo Kioto** por la Unión Europea y la consiguiente obligación de España como miembro de la misma de trasponer la Directiva correspondiente ha dado lugar a un número suficientemente significativo de pleitos por lo que se refiere a la asignación de derechos de emisión en el Plan Nacional, así como a su aplicación. El mecanismo es el normal del control judicial de normas y actos en el ordenamiento jurídico español. Los recursos se entablan contra el Decreto que aprueba el plan⁸⁵ y/o contra el acto que lo aplica⁸⁶, con resultados estimatorios o desestimatorios. En todo caso el establecimiento de la cantidad de contaminación a reducir, declarada como una cuestión de interés global, con amparo en una Convención internacional marco, se convierte en legislación de los Estados⁸⁷.

Un resumen en STS de 9 de julio de 2010 (rec.1/2008):

“En la materia que ahora abordamos de asignación de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, esta Sala se ha venido pronunciado en abundantes sentencias de muy distinto signo, en función de las cuestiones suscitadas y de las peculiaridades de cada supuesto. Así, haciendo una rápida sistematización de tales sentencias, y sin ánimo exhaustivo, nos encontramos con los siguientes grupos.

En primer lugar, están aquellas en las que hemos estimado los recursos contencioso-administrativos porque el acto administrativo de asignación no estaba motivado. Es el caso de las sentencias de 23 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 4552) (recurso contencioso-administrativo n.268/05), 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 4572) (recurso contencioso-administrativo n. 269/05), 1 de octubre de 2008 (recurso contencioso-administrativo n. 254/05), 1 de octubre de 2008 (recurso contencioso-administrativo n. 86/05), 1 de octubre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 309/05), 19 de noviembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo n. 318/05) 2 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo n. 259/05), 29 de mayo de 2009 (recurso contencioso-administrativo n. 104/06), 29 de mayo de 2009 (RJ 2009, 5645) (recurso contencioso-administrativo n. 305/05) y de 6 de julio de 2009 (RJ 2009, 6909) (recurso contencioso-administrativo n. 98/05).

En segundo grupo incluimos aquellas en las que hemos considerado que concurría motivación suficiente, fundamentalmente en base a dos razones. O bien, porque el Consejo de Ministros al resolver los recursos de reposición explicaba por qué se había realizado la específica asignación realizada. O bien porque del expediente o de la propia demanda se constataba que la recurrente conocía claramente la metodología empleada y los criterios aplicados que culminaban en la fijación y

83 STS de 17 de octubre de 2000.

84 STJCE 2003/296 de 30 de septiembre, con cita de otras. El recurrente invocó la vulneración del Acuerdo SPS, sobre aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, anexo del acuerdo de Marrakech del que surgió la OMC.

85 STS de 11 de junio de 2010 (rec.3/2008) contra Real Decreto 1402/2007 de 29 de octubre. STS de 9 de marzo de 2010 (rec. 1/2007) y STS de 10 de marzo de 2010 (rec.8/2007) contra Decreto 1370/2006 de 24 de noviembre.

86 STS de 9 de julio de 2010 (rec.1/2008) contra acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007 sobre asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

87 La anulación de una estación de esquí alpino en un Espacio natural se funda, entre otras razones, “por los cambios climáticos que se están produciendo” STSJ de Castilla y León de 8 de enero de 2008, comentada por J. F. ALENZA, *RAV y MA*, núm. 254 (2009).

cuantificación de derechos de emisión que comporta toda asignación. Base citar los siguientes precedentes, sentencia de 27 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 7157) (recurso contencioso-administrativo n. 311/05), 1 de diciembre 2008 (RJ2008/7160) (recurso contencioso-administrativo n. 320/05) y 3 de diciembre de 2008 (RJ2008, 7029) (recurso contencioso-administrativo n. 315/05).

En tercera posición situamos las sentencias que entrando en el fondo, o porque no se alegara falta de motivación o porque tal alegato fuera desestimado, hemos desestimado los recursos contencioso-administrativos. Es el caso de las sentencias de 1 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo n. 320/05), 3 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo n. 315/05), 2 de abril de 2009 (recurso contencioso-administrativo n. 48/05), 29 de mayo de 2009 (recurso contencioso-administrativo n. 303/05), 17 de julio de 2009 (recurso contencioso-administrativo n. 103/05), 25 de febrero de 2010 (JUR 2010, 95886) (recurso contencioso-administrativo n. 72/06), 10 de marzo de 2010 (RJ 2010,2471) (recurso contencioso-administrativo n. 8/07) y de 4 mayo de 2010 (JUR 2010, 236678) (recurso contencioso-administrativo n. 312/06).

En el cuarto grupo se encuentran las sentencias que han sido estimatorias, en todo o en parte, de los recursos contencioso-administrativos porque, entrando en el fondo, se advertía que las asignaciones vulneraban las normas legal o reglamentariamente establecidas para realizar tales operaciones. Es el caso de las sentencias de 30 de septiembre de 2008 (RJ2009, 184) (recurso contencioso-administrativo n. 244/05), 6 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5993) (recurso contencioso-administrativo n. 100/05), 6 de octubre de 2008 (recurso contencioso-administrativo n. 303/06), 18 de noviembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo n. 332/06), 27 de noviembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo n. 311/05), 1 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo n. 309/06) y 8 de abril de 2009 (RJ. 2009/3230) (recurso contencioso administrativo n. 330/05)”.

*La referencia a las especificaciones de la **Internacional Organization for Standardisation (ISO)** cumple con la obligación de establecer la cláusula “o equivalente” exigida por la jurisprudencia del TJCE en los pliegos de prescripciones técnicas de los contratos públicos y evitar la discriminación que se produciría incluyendo sólo las especificaciones de un país⁸⁸.

El artículo 101 de la Ley de contratos del sector público (LCSP) en concordancia con el artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE, establece una serie de requisitos de las especificaciones técnicas y se establece una prelación de normas a aplicar, haciendo referencia a normas internacionales, a sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización, “sin perjuicio de las intervenciones y reglamentos nacionales siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario”⁸⁹.

La Administración puede regular y decidir qué entes privados pueden llevar a cabo esas tareas. Se trata, de acuerdo con el ordenamiento comunitario, de eliminar barreras técnicas, y para ello sustituir “la tradicional homologación administrativa de productos por la certificación que realizan empresas y otras entidades, con la correspondiente supervisión de sus actuaciones por los poderes públicos”⁹⁰. Son entidades privadas sin ánimo de lucro, para unificar criterios en determinadas materias y utilizar un lenguaje común⁹¹. En ese sentido se reconoce a la Asociación española de Normalización y Certificación (AENOR)⁹² como organismo. La jurisprudencia reconoce que es prevalente AENOR frente a un órgano de la Administración del Estado. Las prescripciones técnicas habrán de basarse en normas técnicas previamente definidas por los organismos de normalización, pero no confundirse con ellas⁹³.

88 Cfr. STJE de 22 de septiembre de 1988 asunto 45/1987 (Dunkak). Comisión/ República de Irlanda.

89 O.M. de 26 de febrero de 1986. Cfr. J.L.MEILÁN, *La estructura...*p. 202.

90 E. de M. de la Ley 31/1992 de 16 de Julio de Industria.

91 Real Decreto 1614/1985 de 1 de agosto.

92 Había sido designada como tal por Orden Ministerial de 26 de febrero de 1986.

93 En ese sentido se expresa la STS de 5 de abril de 1999 (Ref. Iustel: 319162) que falla a favor de la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) un recurso interpuesto contra determinados artículos que atribuían

10. El paradigma del Derecho público global.

10.1. Constitucionalismo global.

El ordenamiento jurídico global no opera sobre el sustrato de la soberanía. Se prefiere hablar de organización en red, policy networks. Los organismos y entes de diferente naturaleza, como los descritos anteriormente no se ordenan conforme a la pirámide kelseniana. Tampoco se encuentran los elementos fundamentales de un sistema democrático basado en un sufragio general para elegir a la suprema autoridad y a los representantes, que tendrán legitimidad para elegir o designar a los miembros de órganos superiores del Estado, incluida la Corte Suprema o Tribunal Constitucional.

En esos organismos existen órganos de resolución de conflictos, pero no se aprecia quién y como puede exigirse responsabilidad a los titulares de aquellos por decisiones que hayan tomado. Es no sólo un déficit democrático tradicional que afecta a la designación de los titulares o rectores de los organismos, sino a contestar a la cuestión ¿quis custodiet custodes?

Otro tanto ha de decirse sobre la inejecución en la práctica de resoluciones adversas a intereses de los Estados más fuertes –o de sus compañías a menudo multinacionales– cuando el vencedor en la resolución arbitral o cuasijudicial es uno más débil. Se precisa una instancia que no parece que sea el mismo órgano decisor, como sucede cuando se ventilan asuntos de legalidad en la jurisdicción de los Estados, sino de nivel superior como ocurre con los asuntos de índole constitucional. De eso precisamente se trata porque el no sometimiento real y efectivo a la resolución del órgano con funciones arbitrales o cuasijudiciales supone una violación de acuerdos o tratados internacionales aceptados o suscritos por la parte que se opone a la ejecución de la resolución del conflicto. El sistema actual de retaliation consistente en imponer restricciones comerciales al país ofensor, además de ser arcaico en un orden jurídico, es ineficaz como evidencia algún sonado y comentado asunto⁹⁴.

En definitiva, se encuentra sin respuesta adecuada el nivel constitucional que podría darla. Es tanto más necesario cuanto, como se ha comprobado, las decisiones de los organismos globales con frecuencia se imponen a leyes de los Estados u obligan a que estos las dicten. Es cierto que en último término esas circunstancias se deben que se haya dado conformidad a la convención o tratado multinacional correspondiente. Pero no existe el mecanismo, propio de Tribunales de orden constitucional, de controlar el exceso o la desviación de ese poder ejecutado al contrastarlo con el acuerdo aceptado. El *spiel raum* que el acuerdo proporciona pueda ser utilizado *ultra vires*, con manifiesta deslealtad o impericia merecedora de responsabilidad.

Desde esa perspectiva se entiende que se hable de constitucionalismo global como una aspiración⁹⁵ o como una necesidad, un paradigma emergente⁹⁶, tomando como inspiración la Unión Europea, en donde fracasó, por cierto, la idea de una Constitución⁹⁷. La solución habría de encontrarse en las Naciones Unidas, sino de un modo único, al menos siguiendo los postulados en la gobernanza en red, por los respectivos sectores. Los Estados menos poderosos y los ciudadanos y las empresas en ellos radicadas se encontrarían mejor protegidos a la hora de resolver las cuestiones para asegurar la efectiva ejecución de las resoluciones de conflictos.

funciones de normalización a la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia.

94 Sobre las asimetrías en la aplicación de la OMC a favor del más fuerte. Cfr. J. E. STIGLITZ, *Cómo hacer...* pp. 111 y ss., con cita del asunto de Antigua v. EE.UU. resuelto por el órgano de apelación de la OMC, que declaró que eran ilegales las restricciones contenidas en la legislación americana sobre apuestas por Internet que no operan en su territorio. La *retaliation* no funcionó.

95 Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da Uniao Europeia*, Almedina, 2004 p. 578.

96 Cfr. J.J. GOMEZ CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria da Constituicao*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1999 pp. 1276 y ss. Estaría caracterizado por la superación del Derecho internacional westfaliano, la emergencia de un *ius cogens* internacional informado por valores, principios y reglas universales y la preeminencia de la dignidad humana.

97 Es proverbial el rechazo en el UK donde la palabra federalismo es políticamente incorrecta.

No se trataría de revisar de nuevo todo el conflicto, sino la vulneración de lo que son derechos fundamentales, como el de la tutela judicial efectiva. Ese objeto de la apelación superior es lo que justificaría la existencia de un órgano como el apuntado. Y siendo la vulneración de derechos fundamentales el fundamento del recurso a un órgano de naturaleza constitucional global no habría obstáculo, in linea di máxima en sostener la viabilidad de un órgano único en Naciones Unidas para entender de esas cuestiones en relación con los diferentes organismos globales de carácter sectorial.

El citado órgano constitucional global valdría también para entender de las incompatibilidades o inelegibilidades de los miembros propuestos para organismos globales. Lo mismo podría decirse para la designación, si no se realiza en el ámbito de Naciones Unidas ya que, en ocasiones –y el movimiento olímpico ofrece materia para el examen– existe una cooptación, cuando no un derecho de sucesión y hasta “dinastías”.

10.2. El Derecho administrativo global.

Los organismos examinados y otros equivalentes o análogos⁹⁸ responden sin gran esfuerzo a lo que es contenido del Derecho administrativo, tanto en su vertiente continental europea y latinoamericana como del rule of law anglosajón, aunque insertados en sistemas constitucionales diferentes. Son de diferente naturaleza, lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de una posible categorización jurídica⁹⁹ y la búsqueda de un común denominador jurídico que dé sentido a la expresión genérica del derecho administrativo. Son de origen público o privado, establecen normas vinculantes directamente (hard law) o recomendaciones soft law; su auctoritas proviene de delegaciones implícitas de los Estados o del carácter científico o técnico de sus componentes; en su actuación intervienen en ocasiones organizaciones no gubernamentales (NGO)¹⁰⁰; contienen sistemas cuasijudiciales o de arbitraje para resolver conflictos a los que se someten personas jurídicas¹⁰¹ y físicas

Lo novedoso del fenómeno se refiere también al ámbito propio del Derecho administrativo y en las muestras existentes se comprueba que, aunque propiciado en muchos casos por los acuerdos de los Estados, no participan sólo estos en la gobernanza supranacional. Es una realidad que no puede ignorarse por su evidencia, repetición y trascendencia, como ha puesto de manifiesto la actuación de la Organización Mundial de la Salud con motivo de la denominada gripe A que ha llevado a los Estados a adoptar medidas de amplia repercusión social y con impacto negativo en la economía de algún país. Declara una situación de emergencia y la levanta y emana normas de cómo ha de atajarse que afectan al comportamiento de las personas y al desarrollo de actividades.

Lo que resulta llamativo es que esos organismos producen normas que resultan vinculantes sin el respaldo o delegación expresa de ningún Parlamento nacional. Son las denominadas en el argot como bakdoor rules que obligan incluso a los Estados no sólo a aceptarlas, con el riesgo de que si no lo hacen quedan al margen de la acción beneficiosa de aquellos sino incluso a reformar el propio Derecho nacional. De esto saben los clientes del FMI o del Banco Mundial que establecen estándares y modelos uniformes para sus actividades de crédito o las recomendaciones de la OCDE en materia, por ejemplo, sobre ant blanqueo o para evitar la doble imposición, con inclusión en una “lista negra” con las consiguientes contramedidas para el país que no las cumpla¹⁰².

98 Banco Mundial, OECD, OIT, INTERPOL, International civil Aviations organization (ICAO), Office International Epizooties (OIE)...

99 R. B. STEWART, “U.S. Administrative Law: a Model for Global Administrative law”... realiza una clasificación en tres grupos: organismos basados en tratados internacionales; Redes transnacionales (Antitrust, telecomunicaciones, productos químicos, impuestos, seguridad de transportes); acuerdos de reconocimiento mutuo y de equivalencia.

100 Intervienen –y es una reclamación constante– como miembros de la delegación del Estado, sobre todo de USA, en las negociaciones de la OMC, OECD, Codex alimentarius Commission.

101 Además de los casos citados supra, por ejemplo, el Centro internacional de diferencias relativas a inversiones, creado por el Convenio hecho en Washington el 18 de mayo de 1965.

102 Cfr. J.M. CALDERÓN “La globalización”...

Resulta además que la adopción de esas *backdoor rules* se adoptan por funcionarios que no responden antes sus parlamentos. El poder y la competencia nacionales son rebasadas. No es extraño que se haya denunciado repetidamente un déficit democrático. Tradicionalmente, incluso en el Antiguo Régimen los tributos se aprobaban en Parlamentos, en Cortes itinerantes en el caso de España.

En lo que puede denominarse, por extensión, Derecho administrativo global no existe un órgano legislativo específico y no siempre un órgano jurisdiccional, ni una Administración Pública estructurada en diferentes niveles u organizada en virtud de técnicas instrumentales como las utilizadas en los Estados, aunque desde la perspectiva americana se trata de entender algunos de los órganos más característicos —el modelo sería la OMC— al modo de las Independent Regulatory Commissions, en un posible modelo del US Administrative law¹⁰³ o incluso de una pretendida y consciente americanización del derecho administrativo global¹⁰⁴.

No resulta fácil una mera transposición del modelo administrativo de los Estados, incluido el de EE.UU. El examen de los casos expuestos con anterioridad permite constatar en ellos, aunque sin unanimidad y con diferente intensidad, principios propios de los ordenamientos jurídicos estatales: toma de decisiones razonadas o motivadas, participación y audiencia a interesados (ONG, empresas, ciudadanos) autonomía e independencia y neutralidad. La acción de esos órganos globales incluye reglamentaciones, resoluciones, y “otras dimensiones que no son ni conclusión de tratados ni simple solución de controversias entre partes”. Existe una actividad que podría denominarse procedimental, aunque en casos se realiza de una manera informal muy alejada de las formalidades del acto administrativo o de la adjudication.

No es sólo el informalismo. El “deficit democrático” del que se ha acusado proviene, en unos casos, de la diferente incardinación constitucional de estos organismos administrativos globales y de las orientaciones que de hecho— aunque no siempre sean deseables— guían el modo de actuar en los gobiernos y administraciones de los Estados y el que se postula para los organismos administrativos globales.

Un punto importante es el de la transparencia y de la “accountability”, dación de cuentas¹⁰⁵ y control. Las negociaciones desde el punto de vista del Estado tienden a la discreción, si no al secreto, como medio de preservar el éxito final. Por el contrario la transparencia es una necesidad en el Derecho administrativo global, porque existe un pretendido interés “global” y un número amplio de afectados —ecologistas, consumidores, empresas— y una desigualdad en cuanto a la potencia de los Estados implicados¹⁰⁶. Se comprende, por ello, que esos grupos hayan insistido en que principios como los enumerados, propios de los ordenamientos jurídicos estatales, operen en la actividad de los órganos administrativos globales.

Los propios organismos han sentido la necesidad de predicar esos principios. El Banco mundial ha debido insistir en la buena gobernanza a la vista de fracasos de los programas de desarrollo auspiciados por su actividad en países no desarrollados¹⁰⁷.

También el principio de participación es visto como una especial necesidad en el ámbito de los organismos administrativos globales, como se apuntó anteriormente al referirse a los “clubs”. Una participación abierta a sensibilidades que representan países menos poderosos es un instrumento para

103 Cfr. R. B. STEWART “U.S. Administrative Law...”.

104 Tesis, aunque crítica, de M. BALLBÉ, “El futuro...”.

105 Antes de que se acuñara el término inglés eso era el juicio de residencia de los Virreyes en América al concluir su mandato.

106 La crítica ha sido particularmente intensa en EE.UU. por parte de ONGs, y lobystas que viene a reproducir las de Ralph Nade en los años 60 contra la opacidad de la Federal Trade Commission. Cfr. R.B. STEWART, U.S. Administration ... pp. 70-71, con cita de decisiones del departamento de Agricultura y del Food and Drug Administration determinando equivalencias en materia de carne y de medicinas con otros Estados.

107 En un informe de 1989 (Sud-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth) hablaba de la necesidad de más control, menos corrupción.

obtener decisiones más justas. Esa necesidad se reafirma porque no es infrecuente que las decisiones se adoptan por mayorías que obligan a todas las partes¹⁰⁸.

La participación se reputa un elemento clave hasta el punto de considerarla necesariamente ligada a la “democracia cosmopolita” de carácter social en cuanto persigue una equitativa distribución de los recursos¹⁰⁹.

Se produce un auténtico fenómeno de feed-back en dos direcciones: del Derecho interno –estatal– al derecho global y viceversa. Principios enumerados con anterioridad son un ejemplo, como también lo que acaba de exponerse. El activismo de grupos de presión de diverso signo –ecologistas, consumidores y usuarios, empresas– han influido en ampliar el concepto de interesado en el procedimiento y en los recursos administrativos– intereses difusos, *amicus curiae*– y, por tanto la participación para no reducir el control al jurisdiccional. A los principios de transparencia y accountability y participación habría que añadir el polivalente de eficiencia no siempre interpretado correctamente, en perjuicio de los derechos que derivan de los principios anteriores.

El reconocimiento que de esos principios existe en organismos administrativos globales constituye un punto de partida para la construcción de un auténtico derecho administrativo global. Y las deficiencias observadas en las manifestaciones críticas, más que un obstáculo son un estímulo para la tarea.

Ha de contarse para ello con una presión ejercida desde fuera y desde el interior de los entes administrativos globales. En los de naturaleza privada la no existencia o el no mantenimiento de esos principios –participación, neutralidad– mina la función, la esencia misma de ellos. En los que realmente tienen potestas y no sólo auctoritas el ejercicio de aquella obliga a que se someta a la disciplina de buena gobernanza que impone a los demás¹¹⁰. No puede imponerse o recomendarse ad extra transparencia, como medida anticorrupción si no se practica en el interior y lo mismo habría que decir de la interdicción de la arbitrariedad y la necesidad de motivación.

Se ha hablado de una cierta espontaneidad de esa acción administrativa producida casi “ad hoc” para enfrentarse con realidades sobrevenidas consecuencia de la mundialización del comercio, de los avances tecnológicos en las comunicaciones, el alcance supranacional de problemas sanitarios, o medioambientales, entre los que ha adquirido una especial relevancia los relativos al cambio climático, por citar algunos. No es que esa acción se haya producido al margen del Derecho, en unos casos porque ha sido consecuencia de acuerdos de los Estados, aunque ha rebasado el ámbito propio del Derecho de los Estados, y en otros porque los propios Estados asumen iniciativas privadas (ISO, olimpismo).

El Derecho administrativo global se basa actualmente en una realidad parcial y fragmentaria y se corresponde con la aspiración a constituir un ordenamiento coherente, no exento de complitud en cuanto a sistema. La necesidad de intentarlo corresponde a una lógica irreprochable. No se trata de inventar un contenido, sino de responder desde el Derecho a una realidad actual que no es descartable que aumente en el futuro. Otra cosa es cómo puede llegarse a aquel objetivo, y qué características debe tener.

La composición de los actuales “organismos administrativos globales” y las funciones que desempeñan, cuyo ejercicio resulta en muchas ocasiones vinculantes para los Estados, ha suscitado dudas sobre la legitimidad de su actuación, llevada a cabo por unos tecnócratas que no responden

108 En el Protocolo de Montreal por dos tercios. Por tres cuartos de los miembros de la OMC pueden otorgarse excepciones al cumplimiento de los acuerdos de la organización. En el caso de la Comisión del Codex Alimentarius, se utiliza un voto ponderado en relación con la contribución financiera de los Estados miembros. La ICAO puede modificar por mayoría requerimientos obligatorios fundándose en motivos técnicos.

109 Cfr. C. HARLOW, *Global Administrative ...* p. 199-200.

110 En ese sentido, R.B. STEWART, “ U.S. Administrative Law: a Model for global Administrative law”, *Duke Law/ journal*, summer-august, 2005, p. 107.

ante quienes, de uno u otro modo, los han elegido. Sin duda, la situación es mejorable pero, en todo caso, es resultado de compromisos adoptados por los propios Estados, en uso de su propia legitimidad.

¿Con qué materiales puede construirse el Derecho administrativo global? ¿Qué orientación metodológica puede seguirse?

En esa dirección, con evidente sentido de justicia, el artículo 53 del Convenio europeo de Derechos humanos declara que ninguna de sus disposiciones “será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro convenio en el que ésta sea parte”.

La rapidez de los cambios urge la correlativa necesidad de someterlos a principios y reglas de Derecho, entre otras razones porque los Estados han perdido competencias en lo que ahora son asuntos que se desarrollan a nivel superior como corresponde a la globalización. Esa limitación –o autolimitación– ha de estar compensada por una nueva regulación.

Ha de eliminarse o, al menos, reducirse la incertidumbre de esa delegación o cesión de competencias, con el contrapeso de los beneficios que de ello se derivan, en cuanto a reducir costes, compartir tareas y responsabilidades.

Cuando la materia sobre que versa la acción administrativa global es científica o técnica, en lo que no es fácil discutir la competencia profesional de quienes imponen reglas y adoptan decisiones, se hace todavía más necesario el establecimiento de principios y procedimientos que respondan al mismo objetivo que persiguen los Estados: que la Administración actúe con objetividad al servicio del interés general –ahora de alcance global– y sometimiento pleno al Derecho, para impedir la imposición abusiva de la tecnociencia¹¹¹.

11. Bases para la construcción de un ordenamiento público global.

11.1. Orientación metodológica.

Podría establecerse una alternativa: extensión del Derecho administrativo doméstico versus nuevos mecanismos desde la perspectiva de un nivel global¹¹². Entiendo que se trata de una operación que debería ser una síntesis de ambas propuestas. Se trataría de conseguir una armonización de los Derechos nacionales, como se ha conseguido en áreas supranacionales, de lo que la Unión Europea ha hecho uso a través de la técnica de las Directivas. El mercado común o único del ámbito europeo ha exigido, en desarrollo de los principios del Tratado, la aprobación de Directivas sobre contratos públicos que ha supuesto, en éste como en otros puntos, un auténtico “meeting point” de ordenamientos jurídicos tradicionalmente distintos¹¹³.

No se trataría de trasladar, sin más, categorías o instituciones del Derecho administrativo de un Estado. Así se ha hecho con demasiada frecuencia por no pocos Estados mediante una indiscriminada importación, sin tener en cuenta las circunstancias históricas que explicaban las características de lo importado.

Lo que procede es ponderar desde la perspectiva global en qué medida pueden ser aprovechados principios y regulaciones existentes en los diferentes ordenamientos. Una primera tarea consistiría en el examen de lo que hoy responde al concepto de Derecho administrativo global, “con las lentes

111 J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del leviatán*. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia, M. Pons, Madrid, 2009. No pocas dudas han suscitado las declaraciones de la OMS con motivo de la gripe A en relación con intereses de los grandes grupos farmacéuticos.

112 Cfr. B. KINGSBURY, N. KRISCH y B. STEWART, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 2

113 Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 93 y ss.

del Derecho administrativo”¹¹⁴, para verificar si en el ámbito global existen menos garantías que las suministradas por el Derecho en los ámbitos domésticos. Sería un contrasentido que lo que han sido conquistas de sometimiento del poder al Derecho fuesen desconocidas cuando los Estados han asumido que determinadas decisiones se adopten en un nivel que los supera.

Es cierto que el principio democrático tal como existe en los Estados no puede trasladarse, sin más, al ámbito de lo administrativo global¹¹⁵. Pero manifestaciones de aquel no pueden faltar aunque lo entes globales no actúen en el ámbito de un Estado democrático de Derecho en el que opera la respectiva Administración Pública. En ese sentido, cuanto más vigencia tengan en el ámbito global reglas y principios del correspondiente Derecho administrativo, mayor será la confianza en la actuación de los entes globales, cuya legitimidad no proviene necesariamente de una cesión de soberanía por los Estados. Su déficit democrático, desde la perspectiva habitual de un Estado de Derecho, quedará paliada por el claro sometimiento a unas adecuadas reglas de Derecho que resulten familiares a todos los Estados.

La legitimidad no derivará sólo de la capacidad o de la eficacia para generar beneficios o ventajas para las partes, de su auctoritas tecnocrática. La legitimidad de la gobernanza, dependerá en buena medida de la transparencia de las reglas de juego y de su aplicación sistemática, de seguir el proceso debido (due – right– process), de acuerdo con estándares, asumidos generalmente por los Estados¹¹⁶.

11.2. La perspectiva americana.

Estudiosos americanos singularmente de la Universidad de Nueva York (NYU Law School) han tenido y tienen como campo de investigación el derecho administrativo global. Esa circunstancia próxima y la relevancia de los EE.UU. en la creación de organizaciones administrativas globales como el FMI han incluido a la doctrina americana y a algún sector doctrinal a prestar especial atención al Derecho administrativo de EE.UU.

En el primer caso se tiende con naturalidad explicable a entender el Derecho administrativo global desde el rule of law y a proyectar sobre él, como se ha anticipado, las críticas y carencias observadas en el Derecho interno. No sólo eso. Se plantea la cuestión de considerarlo como un posible modelo y a explicar las relaciones entre los organismos administrativos globales y los Estados desde la perspectiva de las relaciones entre la Federación y los Estados que componen los EE.UU.¹¹⁷. Y por eso se elige como elemento clave de referencia la Administrative Procedure Act (APA) de 1946 y se identifica a organizaciones administrativas globales –la OMC sería el prototipo– con las Independent Regulatory Commission¹¹⁸, la primera de las cuales fija el nacimiento del Derecho administrativo americano en 1887¹¹⁹ y se afirma que los principios anteriormente enunciados se encuentran en “an aspecially strong form” en el derecho administrativo americano¹²⁰. Resulta comprensible la resistencia de otros países, principalmente del área continental europea y latinoamericana a aceptar el modelo¹²¹.

114 DANIEL C. ESTY, “Good governance at the supranacional Scale: Globalizing Administrative law”, *The Yale law Journal*, mayo 2006, 115, 7, p. 1494.

115 Cfr. S.CASSESE, *La globalización jurídica*, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2006. pp. 21 y ss.

116 Cfr. DANIEL C. ESTY, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 1518-1522.

117 Cfr. R. B. STEWART, “U.S. Administrative Law: a Model for Global administrative Law” *loc. cit.*, aunque con honestidad sostiene desde el principio que su perspectiva basada en EE.UU. es “sólo una de las muchas que deben ser consideradas”, p. 63. Sobre “federalismo cooperativo”, p. 96 y ss.

118 *Ibidem*, p. 88.

119 La Interstate Commerce Commission, pionera y modelo para las posteriores Cfr. B SCHWARTZ, *Administrative Law*, Little Brown and Company, 2ª ed. 1984, p. 21.

120 Cfr. R. B. STEWART, p. 100.

121 *Ibidem*, p. 87.

No se trata de infravalorar el interés por conocer el Derecho americano, atendido lo anteriormente expuesto, pero resulta excesivo aunque no se encomie, sostener la americanización de la globalización o “globalización-americанизación”¹²². Bien está reconocer los movimientos ecológicos, en favor de consumidores y minorías y derechos humanos –aunque no sin la controversia entre los defensores pro life y los de la pro choice–. No es del caso, si se me permite la expresión si “los niños vienen ahora de USA o de París” por decirlo pudibundamente.

Es cierto que la proclamación de los derechos humanos en el comienzo de los EE.UU. y en la Revolución francesa tuvieron un itinerario histórico diverso. Su primacía consta en la propia Constitución americana. En Europa, se oscurecieron con el principio monárquico y la configuración del *Staatrecht*. Por una de esas piruetas de la historia volvieron a cobrar prioridad en la Alemania derrotada militarmente en el frontispicio de la ley fundamental de Bonn¹²³. No es menos cierta la resistencia de EE.UU. a la creación de la OMC y al protocolo de Kioto que no ha suscrito, como tampoco la Corte penal internacional y que la primera convención mundial sobre medio ambiente tuvo lugar en Estocolmo en 1972. Lo fundamental no es quién ha sido pionero, sino que existen puntos comunes a partir de tradiciones jurídicas diferentes como pone de manifiesto la “regulación económica”¹²⁴.

En EE.UU., la regulación no se produce como una consecuencia de una previa desregulación, como en Europa, sino como respuesta natural a la actividad económica, llevada tradicionalmente a cabo, en su mayor parte, por los particulares¹²⁵, aunque nunca se haya formalizado el principio liberal del *laissez faire*. El “due process”, la “contract clause”, la “just compensation” fueron un obstáculo y, al cabo, han sido la puerta para una creciente intervención pública, a través de agencias reguladoras. Por eso, el importante crecimiento de la intervención administrativa en la economía ha sido un proceso lento y no exento de dificultades, a las que ha contribuido la interpretación del sistema constitucional y la pugna de grupos de presión¹²⁶.

Si el libre mercado ha sido una premisa fundamental de la economía americana, la regulación de una actividad empresarial supone un fallo de aquel. Se ha justificado de varias maneras, en protección de usuarios y consumidores¹²⁷, invocando razones de interés público a través de instrumentos jurídicos, como franchises o certificates of convenience and necessity.

No es del caso exponer el itinerario de esa intervención administrativa protagonizada por las agencias reguladoras y propiciada por fenómenos de crisis económica (la gran depresión y el New Deal) o por apremios bélicos (segunda guerra mundial) o la tensión de la posterior guerra fría y que reflejan las orientaciones políticas de las distintas Presidencias¹²⁸.

Autores americanos al tratar del derecho administrativo global toman las agencias reguladoras como referencias que, pese al nombre, no coinciden con entes reguladores análogos en otros países, como en España¹²⁹. La exportación de aquellas a Latinoamérica, en un contexto social diferente, ha causado notorios problemas en el ámbito de la privatización de servicios públicos.

122 Cfr. M. BALLBÉ, “El futuro” ... pp. 244-45-261 y 55 buen conocedor del Derecho americano.

123 Introducida por primera vez en el ordenamiento jurídico español por una enmienda personal a la ley para la reforma política de 1977 e incorporada a la Constitución.

124 Cfr. J.L.MEILÁN GIL, “Una aproximación jurídica a la regulación económica y financiera” *Revista andaluza de Administración Pública*, n. 75 (2010).

125 Cfr. Melvin ANSHEN, Francis D. WORMUTH, *Private Enterprise and Public Policy*, The Macmillan Company, New York, 1954, pp. 15 y ss.

126 Una muestra de la jurisprudencia recaída en A. M. MORENO MOLINA, *La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, B.O.E., 1995, pp. 83-86.

127 Cfr. William F. FOX, Jr., *Understanding Administrative Law*, 4ª ed., Lexis Publishing, N.Y., 2000, pp. 10 y ss.

128 *Ibidem*.

129 Con independencia de que la Reserva Federal americana haya servido de modelo al Bundesbank (Ballbé, “El futuro...” p. 245), la tradición regulatoria financiera en España, al menos, tiene unas fuentes diferentes (Meilán, Una aproximación ...)

Las dificultades de las Agencias reguladoras¹³⁰, a las que se atribuye la función que les da nombre, provienen de la estructura constitucional ya que, desde esa perspectiva, se reconoce que actúan con poderes propios del legislativo y judicial, aunque la Federal Administrative Procedure Act defina a la agencia como una “authority... of the Government of the United States other than Congress, the courts”. La realidad es que esas agencias tienen poder de dictar normas (rulemaking) con fuerza de obligar, como la ley, y autoridad para decidir “cases”, como el poder judicial, además de la facultad de “adjudication” que inciden en derechos y obligaciones (autorización de acceso a la actividad, fijación de precios y tarifas, poder sobre el ejercicio de actividad).

Todos los esfuerzos se dirigirán a ampliar cada vez más las delegaciones de poder y a superar las dificultades que desde el common law supone el reconocimiento de que la agencia puede ser parte en el asunto controvertido, con vulneración de la situación de igualdad ante el juez. La concentración de esos poderes en una agencia se justifica porque la rígida separación impide una regulación de las industrias. El talismán de esa justificación será la invocación del “interés público” al que debe someterse el poder económico, definido y defendido por la misma agencia y que, en no pocas ocasiones, coincide con el de las compañías reguladas, que ofrecen información económica y técnica al regulador.

Las controversias girarán en torno al alcance y determinación del “interés público”, un concepto general necesitado de concreción en estándares que faciliten la decisión en cada caso concreto. En ese sentido se ha utilizado la razonabilidad de los precios o tarifas, una “fair and impartial” regulación de todos los modos de transporte, un “fair and orderly market”, la “public convenience, interest or necessity” del servicio, que dejan un amplio margen para la decisión judicial acerca del jurídicamente adecuado uso de la potestad normativa de la agencia.

En cuanto a la competencia jurisdiccional su defensa se ha hecho descansar, aparte del socorrido recurso al “quasi”, en que el “due process” no es necesariamente un “judicial process”, por lo que aquella se estima constitucionalmente legítima.

En la moderna historia americana puede detectarse una suerte de compromiso entre regulado y regulador. Aquel acepta el sometimiento a la regulación, en la que influye, a cambio de ventajas frecuentemente unidas a la consideración de la actividad como un monopolio natural, defendido como el modo más eficiente de realizarla¹³¹.

Para lo que aquí interesa, bastará con recordar que en el meollo de las controversias judiciales está dilucidar si las decisiones de las Agencias tienen un carácter confiscatorio, contrario a la Constitución, que prohíbe al government tomar o hacer uso de la propiedad sin justa compensación. En todo caso, y es la cuestión a decidir, las public utilities están destinadas al “public service”; las empresas han de actuar para la “convenience of the public”¹³². La regulación llega, como máximo, a la protección de usuarios y consumidores.

Es posible que desde la óptima americana se intente resolver las insatisfacciones de la actuación de los organismos administrativos globales por la vía de que en ellos se cumpla el principio constitucional de cheks and balance¹³³.

130 Una exposición en B.SCHWARTZ, *Administrative Law*, cit, capítulos 1 y 2.

131 Esa significación del operador de la actividad se pone de manifiesto en la importancia que en el sistema americano de regulación económica se da a la tasa de retorno (*rate of return*), como expresión de los beneficios adecuados para la realización de la actividad, fijada unilateralmente por la Agencia en función de datos suministrados por la empresa operadora (equilibrio entre costes e inversiones e ingresos) y la consideración del sector económico en que actúa.

132 Caso *Smyth v. Ames*, 169, US.466.546, Cfr. M.ASHEN and F. D. WORMUTH, *Private*, pp. 178-189. Sobre la evolución de la jurisprudencia, con sus avances y retrocesos y del propio modelo de regulación orientado hacia la competencia, cfr. J. ESTEVE PARDO, “La regulación...” pp. 311-347.

133 Cfr. M. BALLBÉ, “El futuro...” pp. 233-235.

Desde esa perspectiva tiene sentido que se examine si las decisiones de las agencias que implantan normas reguladoras globales han de estar sujetas a los mismos procedimientos, requisitos y control revisor (judicial review) que las puramente domésticas (principio de paridad) o menor (parity minus) o mayor (parity plus) en relación con lo dispuesto en la APA¹³⁴.

Conviene, sin embargo, no desconocer que detrás de beneméritas iniciativas, como la de participación, pueden ocultarse motivos de supremacía, si los participantes –empresas multinacionales, técnicos, expertos– tienen una prevalente influencia. Nada es perfecto, pero esa ventaja americana puede ser contrapresada desde la misma idea de participación y con los controles adecuados. Y en todo caso la tradición europea del Derecho administrativo, del procedimiento administrativo y del contencioso administrativo es más larga que la americana. El sometimiento pleno a la ley y al Derecho, la vinculación de la potestad al fin que lo justifica, con la obligación de motivar y de cumplir el principio de proporcionalidad, así como el servicio del interés general también con objetividad, interdicción de la arbitrariedad, imparcialidad de los funcionarios, audiencia de los interesados, acceso a archivos como transparencia son conquistas consolidadas¹³⁵.

11.3. Meeting point y patrimonio común.

Como se ha apuntado, lo decisivo es que puede hablarse de un patrimonio común que debe mantenerse y enriquecerse. No es cuestión de extenderse sobre lo que aporta el Derecho administrativo continental. La importancia que en el Derecho administrativo americano se da a asuntos que han cobrado relevancia sobre todo en su apreciación del Derecho administrativo global –eficiencia, informalismo, participación, buen gobierno, accountability, ...– se encuentra en el Derecho administrativo continental y en su relación con la ciencia de la Administración desde muchos años atrás y no sólo en nuestros días como han recogido en España las leyes de procedimiento administrativo de 1958 en la onda significativa del movimiento de reforma administrativa de aquellos años con el impulso del profesor López Rodó y la de 1992.

Existe una larga tradición cultural¹³⁶ que excusa de tener que buscar en el mundo estadounidense la razón de ser de sus principios y reglas. La ciencia de la Policía en el siglo XVIII es uno de los ejemplos y sus cultivadores de cita inexorable¹³⁷. En el siglo XIX Lorenz von Stein sistematizará el caos de la cameralística, autor de una monumental obra (*Verwaltungslehre*) en siete volúmenes. Contra el *Verwaltungsrecht* del padre del Derecho administrativo alemán, Otto Mayer, se levantará Otto Nass en 1950, en un libro¹³⁸ calificado por Forsthoff de insólito en la literatura administrativa. Su propósito declarado era estudiar la Administración desde la Administración misma, con una fuerte diatriba contra el Derecho administrativo como sistema jurídico formal, “una aventura científica”. La cercanía del final de la guerra y la necesidad de reconstrucción de Alemania tienen que ver con esa actitud iconoclasta del dogmatismo jurídico. Una vertiente de integración sistemática la ofrece de cara al presente siglo Schmidt-Assman¹³⁹, y de aproximación al new management o la orientación de la Directiva de Servicios (Bolkestein) en la U.E. Unas muestras que resultan suficientes, aunque sean conocidas.

134 Vid. Exposición y resoluciones judiciales, en R.B.STEWART, “U.S. model”... pp. 80 y ss.

135 Artículos 9, 103, 104, 105, de la Constitución española de 1978.

136 Aristóteles, Ciceron, Santo Tomás, Marsilio de Padua, Maquiavelo, Spinoza, Fenelon., Richelieu, Eximenic son egregios autores de libros en que se encuentran reglas aureas para el gobernante, consejos al Príncipe, para el buen gobierno, criterios de prudencia y consejos acerca de cómo manejar el poder y sus límites.

137 Franceses como Delamare, alemanes con von Justi, von Moll o Valeriola y Foronda en España.

138 *Verwaltungsreform durch Erneuerung der Verwaltungs Wissenschaft*, Tuvinga 1950, traducción española *Reforma administrativa y ciencia de la Administración*, ENAP, Madrid, 1964, con estudio preliminar de J.L. VILLAR PALASÍ.

139 *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee*, Heildeberg 1998, trad española, *La teoría del Derecho administrativo general*, INAP, Madrid, Pons, Madrid, 2003, prólogo de A. López Pina y presentación de la traducción por J. Barnés.

Una aproximación realista consistiría en detectar qué principios rigen en la actuación de organismos globales en la realidad actual. Convendrá, además examinar los Derechos de los diferentes Estados o, al menos, de las dos grandes tradiciones jurídicas para comprobar hasta qué punto se ha producido o puede producirse un auténtico meeting point. Es posible que eso se considere como una construcción occidental “protectora de intereses de occidente”¹⁴⁰. El trabajo, requiere de aproximaciones y en todo caso existen puntos de partida que, como cuestión de principio, alejan el temor: los tratados o acuerdos suscritos por Estados de todos los cuadrantes del Universo, la adopción de iniciativas paralelas y finalmente, pero no lo menos importante, porque existe un patrimonio común irrenunciable que son los Derechos humanos.

12. Derechos fundamentales como inspiradores de los diferentes ordenamientos jurídicos¹⁴¹.

No es cuestión de detenerse en el análisis de la Declaración universal de derechos humanos de 1948, expresión de un “ideal común”, que “se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas”¹⁴², derechos que es esencial que sean protegidos por un régimen de Derecho. Bastará con recordar su desarrollo y concreción por lo que se refiere a derechos civiles y políticos así como económicos, sociales y culturales: Pactos de 1969 o Convención americana de 1969, la Carta de Banjul de 1981 o el Convenio europeo de 1950. Si se recuerda es para constatar su virtualidad expansiva y su incidencia en los diferentes ordenamientos jurídicos y, en definitiva, en el Derecho global.

La Carta de Derechos fundamentales¹⁴³ de la Unión Europea “tendrá el mismo valor jurídico de los Tratados”¹⁴⁴, con lo que se zanján debates doctrinales. De este modo, por sucesivos desarrollos y concreciones se va ampliando la influencia de los derechos humanos.

En las declaraciones de derechos humanos se encuentran la fuente o raíz de preceptos que figuran en la Constitución de los Estados y de los diferentes sectores de su ordenamiento jurídico. Bastarán unos ejemplos.

La libertad e igualdad, que se proclaman en el artículo primero de la Declaración universal de 1948, tienen relación con la prohibición de discriminación (art. 2), de la arbitrariedad en el ejercicio del poder (art. 9,12) el derecho a la presunción de inocencia (art. 11), a un recurso efectivo ante tribunales competentes para amparo contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley (art. 8). Esta garantía judicial se reitera en la convención americana con referencia a la independencia y neutralidad del Tribunal (art. 8) y en la Carta africana (art. 7), a que tenga lugar dentro de un plazo razonable y en aquella se concreta, con voluntad de complitud, que se refiere a la “determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter”.

Se reconoce el derecho a recibir información (art. 9 CAf DH) y a acceder al servicio público de su país (art. 12 CAf DH), a no ser privado de la propiedad salvo por razones de utilidad pública o interés social, mediante pago de indemnización justa, en los casos y según las formas establecidas por la ley (art. 21 de Conv. A.D.H).

El convenio europeo concreta más algunos de esos derechos. En ese sentido juega un papel fundamental el derecho a un proceso equitativo reconocido en su artículo 6, de modo que la causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e impar-

140 Cfr. Carol HARLOW, “Global Administrative Law: The quest for Principles and values”. *Te European journal of international Law*, vol. 17, núm. 1 (2006)

141 Cfr. J. L MEILÁN GIL, “Global Administrative Law and Human Rights”, en *Global Administrative Law*, Cameron May, Londres, 2010, pp. 11 y ss.

142 Discurso de Benedicto XVI ante la Asamblea de Naciones Unidas, 18 de abril de 2008.

143 Estrasburgo, 7 de diciembre de 2000.

144 Nueva redacción del artículo 6 del Tratado de la Unión acordado en Lisboa

cial. El Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado sobre esta cuestión en numerosas sentencias¹⁴⁵. Aunque el citado artículo habla de litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de acusaciones en materia penal, el Tribunal también ha actuado sobre decisiones de órganos jurisprudenciales administrativos, sobre actos de autoridades administrativas, por falta de independencia del órgano juzgador¹⁴⁶ o con mayor frecuencia por superación del plazo razonable para decidir¹⁴⁷.

El artículo 17 del CEDH, al disponer la prohibición del abuso del derecho, desarrolla lo que se encuentra implícito en el artículo 30 de la DUDH y reproduce el artículo 29 de la Conv.ADH. Se entiende por tal la interpretación que implique la destrucción o limitación de derechos o libertades reconocidos en el Convenio. La expresión abuso de derecho es lo suficientemente amplia como para servir de principio inspirador de categorías que operan en el Derecho constitucional, civil o administrativo. Lo confirma el artículo 18, que es complemento del anterior: las restricciones existentes en el convenio “no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas”. Se alumbra aquí la desviación de poder, en tanto que supone su utilización para fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico y, en definitiva, un control de la discrecionalidad administrativa.

La apelación reiterada a la democracia en el Convenio europeo permite que afloren otros principios de general aplicación. El artículo 10 relativo a la libertad de expresión reconoce que su ejercicio puede ser sometido a formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que constituyan “medidas necesarias en una sociedad democrática”¹⁴⁸, para determinados fines¹⁴⁹. Se trata de excepciones que deben ser interpretadas restrictivamente¹⁵⁰ y en, todo caso, justificadas, suficientemente motivadas¹⁵¹, y sujetas a un principio de proporcionalidad: no ha de imponerse más de lo que sea necesario¹⁵², que sea adecuado al fin, como ocurre en cualquier ejercicio legítimo de una potestad, con ponderación de los intereses públicos y privados¹⁵³. Se insiste de variadas formas para que se respete al principio de proporcionalidad, en lo que tiene una importancia notoria la jurisprudencia. Las razones que justifican esas restricciones han de ser relevantes y suficientes¹⁵⁴ y que ha de mantenerse un “justo equilibrio” entre las exigencias del interés general de la colectividad y las de protección de los derechos fundamentales del individuo¹⁵⁵.

La motivación es un límite para la arbitrariedad. No se trata de un cumplimiento meramente formal sino que debe responder a un principio de racionalidad que es el “reverso positivo del mandato de interdicción de la arbitrariedad”¹⁵⁶.

145 Una selección en V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme*, 8ª ed., Sirey, Paris 2002, pp. 149-332.

146 *Ibidem*, pp. 188-195, asunto Sramek v. Austria (1984), falta de independencia que no inspira la confianza que debe exigirse en una sociedad democrática.

147 Asunto Erkner y Hofaver v. Austria (1987) superación de plazo razonable. En el mismo sentido STEDH de 21 de abril de 2009, caso Kurty Firat contra Turquía o STDEH de 21 de julio de 2009, asunto Leon y Agnieszka Kania v. Polonia. STDEH de 12 de mayo de 2009, asunto Zetal v. Polonia (orden de derribo); STDEH de 21 de julio de 2009, asunto Leon y Agnieszka v. Polonia (paralización medidas contaminantes acústicamente). Cfr. también J. CASSESE, *op. cit.*... pp. 168-169.

148 Sobre cláusula cfr. D. I. GARCÍA SAN JOSE, *op.cit. pasim*.

149 La seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

150 STEDH de 22 de mayo de 1990, asunto Antronic v. Suiza.

151 STEDH, de 20 de septiembre de 1994, asunto Otto–Preminger Institut v. Austria.

152 STEDH de 8 de julio de 1986; STEDH de 30 de marzo de 1989, STEDH de 8 de julio de 1999.

153 STEDH de 7 de julio de 1989, Coca Coca v. España. STEDH de 16 de marzo de 2000. Cfr. J. Mª. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

154 STEDH de 25 de noviembre de 1997 asunto Zana v. Turquía.

155 STEDH de 26 de febrero de 2009 (asunto GRIFHORST v. Francia) con cita de otras.

156 STS de 12 de marzo de 2008.

Todos esos principios son susceptibles de un desarrollo lógico. El derecho a un proceso equitativo requiere publicidad (art. 6.1 CEDH) y ese mismo principio se deduce de la no discriminación. La transparencia, que es un antídoto de la corrupción, está ligada a la publicidad.

13. Naturaleza principal del Derecho administrativo global.

El Derecho administrativo global será de naturaleza fundamentalmente principal¹⁵⁷. La actuación de Tribunales, el internacional de justicia, los que resuelven controversias aplicando la Convención de las NU, sobre compraventa internacional de mercaderías, así como de muchos de los organismos administrativos examinados con anterioridad ponen de manifiesto ese fundamento. Más aún, en casos, toda su funcionalidad se justifica por la defensa de un principio fundamental, trátase de la no discriminación (OMC) o el fair play en el movimiento olímpico. De ahí que la actuación de los órganos de carácter jurisdiccional o arbitral cobre una especial relevancia, como instrumentos para el control de la actuación.

Desde esa perspectiva principialista los derechos humanos pueden suministrar un aporte significativo¹⁵⁸, en cuanto a su universalidad, en los que pueden subsumirse principios generales del Derecho o comunes a los procedimientos e instituciones administrativas.

Entes que pertenecen de un modo indiscutido al ámbito del Derecho administrativo global corroboran el carácter fundante de los derechos fundamentales. Así, en el preámbulo de la OMS, constituida de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas, se dice que “el goce máximo de salud que se puede lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”. La dimensión global de su actuación es evidente y se refuerza con su propósito de extender “a todos los pueblos los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines”. Objetivo de la OMC es “la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales”. Lo corrobora la jurisprudencia de la Corte iberoamericana de derechos humanos y la del Tribunal europeo de derechos humanos.

Desde esta perspectiva los derechos humanos, como principios, son trasladables a los diferentes ordenamientos jurídicos estatales, además de constituir un corpus común que vincula a los Estados, que pueden desarrollarlos, como así ha ocurrido. No constituyen un mero desideratum de la doctrina científica¹⁵⁹.

Se produce una sucesiva concreción y desarrollo de los derechos humanos en una suerte de cascada de declaraciones supranacionales, así como en los propios ordenamientos nacionales que, a su vez, en un fenómeno de feed-back, pueden ser generalizados para integrar un Derecho administrativo global, que no es deducible necesariamente de los tratados internacionales clásicos, que no suelen comprender materias administrativas. Ese proceso desde arriba, top-down, y desde abajo, bottom-up, es ya real, en ocasiones es posible y en último término teóricamente deseable y provechoso. Se trata de derechos humanos de segunda o tercera generación según el punto de partido adoptado¹⁶⁰.

Un ejemplo del primer tipo de proceso lo constituye la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. El artículo 41 del capítulo V relativo a la ciudadanía se refiere al “derecho a una buena administración”. Se transforma en un derecho fundamental la preocupación manifestada en distintos foros por la garantía de la democracia¹⁶¹. Ese derecho incluye:

157 A favor de esta tesis, más que estructuras globales se manifiesta el escéptico C. HARLOW, “Global Administrative...” p. 212 que habla de principios y valores.

158 En ese sentido, C. HARLOW, *Ibidem*, p. 188 y R. B. STEWART, “U.S. Administrative Law”... p. 94

159 Cfr. D. C. ESTY, *op. cit., loc. cit.*, pp. 1524 y ss.

160 C. HARLOW “Global Administrative”... habla de cuarta generación (p. 202)

161 En ese sentido se ha manifestado la Declaración del milenio de Naciones Unidas: “Para garantizar la democracia es preciso contar con un buen gobierno”. Consejo Económico y social E/C 16, 2002/3. También la Unión Europea en un Libro Blanco, *La gobernanza europea*, Bruselas, 25.7.2001.

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
- la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

Ese derecho a una buena administración¹⁶² es susceptible de un desarrollo más amplio del que se contiene en los derechos concretos enumerados en el citado artículo de la Carta europea y en todo es aplicable a la gobernanza global.

No resultará irrazonable exigir a los actores del derecho administrativo global que, al servicio de intereses generales, actúen de acuerdo con un principio de objetividad que se refuerza por el de transparencia y de independencia e imparcialidad.

El principio de eficacia tiene un valor jurídico, no meramente programático. Tiene que ver con los medios elegidos para la consecución de un fin, predeterminado por quien tenga competencia, generador eventualmente de responsabilidad, en cuanto sometida la actuación a la accountability requerida en un Estado democrático de Derecho. Por esa vinculación al fin el ejercicio del poder administrativo ha de estar moderado por el principio de proporcionalidad.

Los principios de los contratos públicos contenidos en la Directiva 2004/18/CE de la UE son equivalentes a los que se reconocen en el anexo IV del Acuerdo de Marrakech por el que se constituyó la OMC (WTO) relativo a Agreement on Government Procurement.

La jurisprudencia comunitaria los había perfilado y continúa desarrollando. El principio de igualdad se presenta como la matriz de otros para asegurar una competencia propia de un mercado único. Así, se reconoce reiteradamente que “respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia de las directivas en materia de contratos públicos”¹⁶³, aunque no se mencione expresamente¹⁶⁴.

En ese sentido se ha declarado que es fundamental que los potenciales licitadores conozcan en el momento de preparar sus ofertas todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y, si ello es posible, la importancia relativa de los mismos¹⁶⁵.

No basta con respetar ese principio de igualdad en el inicio de la licitación, sino que ha de mantenerse cuando las ofertas de los licitadores sean valoradas por la entidad adjudicadora¹⁶⁶. Las “reglas del juego” han de mantenerse a lo largo de todo el procedimiento, estando prohibida su alteración en

162 Cfr. J. L. MEILÁN GIL, “Administración Pública para la democracia” en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2007, pp. 501 y ss. J. RODRÍGUEZ-ARANA, *El Buen gobierno y la buena Administración*, Thomson-Arazandi, 2006; M. PILADE CHITI, *General Principles of Administrative Action*, Bolonia University Press, 2006.

163 STJCE de 2 de junio de 1993, asunto C-243/89, Comisión/Reino de Dinamarca, STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia Bus Finland; STJCE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00, SIAC Construction Ltd./ Country Council of the Country of Mayo.

164 STJCE de 22 de junio de 1993, asunto C_243/89, Comisión/Reino de Dinamarca “Storebealt”.

165 STJCE de 24 de noviembre de 2005 asunto C– 331/04, ATI y Viaggi di Maio Snc / Comune di Venezia.

166 STJCE de 25 de abril de 1996, asunto C– 87/94, Comisión/Reino de Bélgica; STJCE de 18 de octubre de 2001, asunto C– 19/00, SIAC Construction.

su transcurso, ni antes ni después de la adjudicación¹⁶⁷, así como es obligado mantener los mismos criterios de interpretación¹⁶⁸.

La igualdad se entiende también como interdicción de discriminaciones, no sólo por razón de nacionalidad, en contra del proteccionismo de los Estados miembros, “sino también todas las formas encubiertas de discriminación, que aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado”¹⁶⁹.

El principio de igualdad implica una obligación de transparencia. Tiene por objeto “garantizar que no existe riesgo de favoritismo y arbitrariedad”¹⁷⁰. Por ello, los criterios de adjudicación deben estar formulados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, de manera que pueda verificarse su respeto¹⁷¹. Han de estar claramente definidos, como el objeto del contrato, “porque son elementos decisivos a efectos de determinar cuál de los procedimientos previstos en la Directiva debe aplicarse”¹⁷².

La transparencia va de la mano de la publicidad adecuada, establecida por la Directiva y las informaciones correspondientes a los contratos han de contenerse en el pliego de condiciones o en documento equivalente, entre ellas, las relativas a los criterios según los cuales el poder adjudicador ha de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, si existen varios criterios, de modo que no se deje al poder adjudicador una libertad incondicionada¹⁷³.

Las disposiciones contenidas en el articulado del Acuerdo de Marrakech van dirigidas de un modo principal a que no exista discriminación, dándose un trato no menos favorable que el otorgado a los productos, servicios y proveedores nacionales o de cualquier otra parte (art. III). El procedimiento de licitación ha de ajustarse a ese mismo principio de no discriminación (art. VII) que también ha de observarse en cuanto a la calificación de los proveedores (art. VIII), a la aptitud para participar en la licitación.

La invitación a participar en la licitación será pública y puede adoptar la forma de un anuncio que contendrá todos los datos imprescindibles del contrato. El pliego de condiciones (art. XII) contendrá toda la información necesaria para que los licitadores puedan presentar correctamente sus ofertas (art. XII). La selección de los contratistas se hace de acuerdo con procedimientos reglados: licitaciones públicas, selectivas y restringidas, en casos expresamente previstos. La adjudicación se hará de conformidad con los criterios establecidos en el pliego de condiciones a la oferta que se considere más ventajosa.

En líneas generales puede constatarse que entre estas normas y las Directivas europeas existe una evidente compatibilidad. Incluso, por lo que se refiere a que las especificaciones técnicas no produzcan discriminación, que no creen “obstáculos innecesarios al comercio internacional”, se dispone que en el pliego de condiciones figure la expresión “o equivalente”, como se requiere en el Derecho comunitario y tiene en cuenta la jurisprudencia¹⁷⁴.

167 STJCE de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89 Comisión/Reino de Dinamarca, Puente sobre el “Storebealt” (la supresión de la cláusula controvertida en la fase final del procedimiento no impide la declaración de incumplimiento). STJCE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99P Comisión/ Cas Succhi di Frute Spa (Es nula la adjudicación del contrato por haber modificado la Comisión las condiciones con posterioridad a aquella: pago de los adjudicatarios en frutas distintas a las especificadas en el anuncio de licitación)

168 STJCE de 25 de abril de 1996, asunto 87/94, citada.

169 STJCE de 27 de octubre de 2005, asunto C- 234/03, Contse S.A. / Instituto de Gestión Sanitaria (INGESA) con cita de otras anteriores.

170 STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C- 470/99, Universale Bau y otros. STJE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99P Comisión/ Cas Succhi di Frute Spa.

171 STJCE de 18 de noviembre de 1999, asunto C- 275/98 Unitron Scandinavia A/S.

172 STJCE de 14 de octubre de 2004, asunto C-340/02, Comisión/República francesa.

173 STJCE de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, Beentjes/ Países Bajos.

174 Cfr. *ad exemplum*, STJCE de 20 de febrero de 1979 asunto Cassis de Dijou.

Una diferencia, que se explica por la amplitud diferente de los mercados en que actúa la OMC (WTO) y la UE y la heterogeneidad de sus actores es la posibilidad de que se admitan exenciones convenidas de las reglas generales, como expresión de un trato especial y diferenciado para países en desarrollo.

Las reglas establecidas en el acuerdo de referencia permiten la solución de diferencias con arreglo a criterios objetivos y mediante un procedimiento y ante un órgano que, aunque no es homólogo al Tribunal de justicia de las Comunidades europeas, responde a su misma función.

Con motivo de la actual crisis financiera y económica de carácter global una atención especial requerirían los principios de prevención y de precaución formulados en el ámbito de la protección del medio ambiente. La frontera entre uno y otro no es clara y reside en la ponderación de la certeza o de la verosimilitud¹⁷⁵ del daño.

El principio de precaución ha sido tenido en cuenta en el seno de la OMS, por el Órgano de apelación, al admitir la posibilidad de restricciones al comercio internacional para defender la salud humana en supuestos de incertidumbre científica, al referirse al alcance del artículo 5 del Acuerdo sobre aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias (SPS), en el que se afirma que “el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado”¹⁷⁶. La aplicación del principio no es fácil. La evaluación del riesgo debe corresponder a un riesgo verificable¹⁷⁷.

En la reunión del G-20 en Londres de 2009 se encomendó al Consejo de Estabilidad financiera (FSB), que sucedió al Foro del mismo nombre (FSF) ampliar la regulación y vigilancia a todas las instituciones, los instrumentos y los mercados financieros sistemáticamente importantes. Con ese objetivo colaborará con el FMI para “advertir de antemano de los riesgos macroeconómicos y financieros” y sobre las medidas necesarias para superarlos. Una referencia inequívoca a principios de prevención y precaución.

El principio de transparencia se reconoce en el referido acuerdo del G-20 de tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidas los paraísos fiscales, de los cuales la OCDE publicó una lista, que rápidamente fue retirada ante varias reclamaciones. De todos modos queda como una proclama a cumplir que “la era del secreto bancario ha terminado”. Al mismo principio responde el objetivo de mejorar las normas contables.¹⁷⁸ La transparencia permite identificar y manejar mejor los riesgos¹⁷⁹.

Ha existido un amplio consenso en que la codicia, un comportamiento evaluable desde la ética, ha estado en el meollo de la crisis financiera. El G-20 acordó respaldar y aplicar los principios del FSF sobre remuneración y compensación. Detrás de ello se encuentra el escándalo social de las compensación por bonus a ejecutivos de entidades financieras creadoras de hedge funds y auxiliadas por el gobierno en EE.UU.¹⁸⁰.

175 Una exposición ilustrativa en JUAREZ FREITAS, *Discrecionalidade administrativa e direito fundamental á boa Administração Pública*, Malheiros Editores, Sao Paulo, 2007, pp. 96 y ss. Ampliamente, con sentido crítico, el sugerente libro de J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del leviatán*. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia, M. Pons, Madrid, 2009, pp. 141 y ss.

176 Asunto Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) Estados Unidos / Canadá vs Comunidades Europeas (enero 1998).

177 Caso sobre la validez de una decisión de embargo adoptada por Australia sobre salmones provenientes de Canadá (1998). En el caso de medidas de Japón que afectan a los productos agrícolas (22 de febrero de 1999) el Órgano de apelación concluyó que no estaban correctamente fundadas en una evaluación de riesgos.

178 Se ha criticado, no sin razón, la reforma de la contabilidad de los bancos “*mark-to-market*” acordada en EE.UU. porque resta transparencia.

179 *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience*.

180 Cfr. *FSF Principles for Sound Compensation Practices*: “Esos incentivos perversos ampliaron el excesivo riesgo adoptado que amenazó al sistema financiero global y dejó a las entidades financieras con “fewer resources” para absorber las pérdidas al materializarse los riesgos”.

Los daños que se han producido deben ser contemplados de alguna manera desde los principios de prevención y precaución, como generadores de responsabilidad. El Derecho privado no debería constituir un reducto inexpugnable ante perjuicios, claros y razonablemente evitables o predictibles, causados al interés general, en este caso incluso global, como ha sucedido. Los Estados quedarían obligados a responder y a exigir responsabilidades.

Quedan muchos pasos a dar en este campo¹⁸¹ en el que, como en otros de rápido progreso, el Derecho va rezagado. Aunque la ciencia no es el nuevo e infalible demiurgo, contribuye a establecer un abanico de estándares que permitan una aceptación generalizada, con consecuencias prácticas en el caso de que no se respeten sin causa suficiente. La complejidad y variedad de la comunidad internacional requiere flexibilidad, que no excluye una fijación gradual y el establecimiento de unos mínimos. Es lo acordado por el comité de supervisión bancaria de Basilea¹⁸² citado con anterioridad, con el fin de fortalecer la solidez y la estabilidad del sistema bancario internacional y fomentar la adopción de prácticas de gestión de riesgos más rigurosas, estableciendo la retención de capital en un tanto por ciento como mínimo de sus activos, ponderados por el riesgo, entre otras circunstancias.

Existen análisis y recomendaciones, como expresión de soft law. Acontecimientos, como el de la crisis actual, ayudan a eliminar reticencias y a afirmar convicciones en favor de una consideración global de los problemas y el establecimiento de principios de acuerdo con los cuales puedan afrontarse. Resulta muy significativo que los informes y propuestas del Foro de estabilidad financiera (FSF) se hacen en el G-7, las del Comité de Basilea en el G-20. La ampliación del nuevo Consejo de estabilidad financiera acordada en Londres viene a señalar la importancia del principio de participación en la gobernanza global que, de algún modo, responde al ideal del principio democrático. Quizá, por eso, esa fórmula sea la más adecuada a una gobernanza que se constituye y trabaja en red.

14. Reflexión conclusiva.

La realidad actual muestra que existen relaciones que se establecen en un ámbito mundial y que han de desarrollarse bajo el imperio del Derecho. Existe un Derecho global, del que ha de tomarse una conciencia más decidida y cuyo desarrollo debe estimularse. Es un Derecho con vocación de realizarse, no meramente indicativo, aunque con frecuencia se manifiesta como soft law. Es algo más que un futurible cargado de utopía. De las declaraciones más o menos solemnes de los derechos humanos se desprenden principios y reglas que informan y pueden informar las relaciones transnacionales de la globalización, y constituir un auténtico ordenamiento jurídico, con todas sus consecuencias, como ha sucedido en ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales.

Se trata de un Derecho marcadamente sectorializado en varias ramas en el que operan entes de diferente naturaleza jurídica-pública y privada. La carencia de un Parlamento, y de un Ejecutivo organizado al modo de los Estados plantea cuestiones que han de ser resueltas de un modo acorde con los operadores de un sistema global que no están sujetos a un principio de jerarquía. Es preciso resolver el déficit democrático que se deduce desde la perspectiva de la organización de los Estados. De un lado, la solución puede venir de un adecuado principio de participación. De otro, mediante el reconocimiento de una instancia "constitucional" representada en Naciones Unidas y que permita un último control que no sea de mera legalidad.

Como en todo ordenamiento jurídico se requiere una instancia que resuelva con imparcialidad y con eficacia técnico-jurídica los conflictos que se planteen, de conformidad con el proceso debido. Podrá adoptar formas diversas, pero en todo caso, sea como órgano jurisdiccional o de arbitraje ha de tener un carácter obligatorio para el caso de que las diferencias no se resuelvan por previo acuerdo de las partes. Sus miembros han de ser seleccionados con publicidad, en virtud de su competencia

181 *Ibidem*, pp. 23-24.

182 *Convergencia internacional de medidas y normas de capital*, junio, 2004.

profesional y una notoria independencia. Esto contribuirá a fortalecer la confianza y, en definitiva, el principio democrático en el seno de la “comunidad global”.

El régimen jurídico sancionador no puede tampoco faltar aunque se configure de un modo diferente al que existe en los Estados. Suspender temporalmente la pertenencia al “club” y sus ventajas puede ser una medida disuasoria de comportamientos contrarios al interés general global que refuerza la eficacia del soft law empleado.

Aunque el derecho global proceda del acuerdo y la aceptación de los Estados no son estos protagonistas únicos y excluyentes. El bien común global, o el interés general global, requieren un adecuado comportamiento de los actores, al servicio de los ciudadanos, cualquiera que sea el país en que viven. La persona adquiere, por ello, una prioridad en cuanto el enfoque y la justificación de un Derecho global auténtico que no se reduce al ámbito económico.

En definitiva, aunque existan normas, el derecho administrativo global tiene una naturaleza primordialmente principal: derechos fundamentales y principios derivados constituyen su base.

GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS HUMANOS. ESPECIAL REFERENCIA A SU PROTECCIÓN JURÍDICA

Luis Maside Miranda

Doctor en Derecho

SUMARIO

INTRODUCCION

I. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A. Génesis y evolución expansiva

B. Los Derechos Humanos en la Carta de las NN.UU

II. LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A. En el marco universal: La obra de las NN.UU

a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

b) Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966

c) Otros Convenios de Protección de los Derechos Humanos

B. En el marco regional : La obra del Consejo de Europa.

a) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y sus Protocolos

b) La Carta Social Europea y sus Protocolos

c) Otros Convenios de Protección de los Derechos Humanos.

C. En el marco de la Unión Europea.

D. En el marco de la Organización de Estados Americanos

a) La Carta de la O.E.A. de 1948

b) La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948

c) Otros Convenios de Protección de los Derechos Humanos.

E. En el marco de la Organización de la Unidad Africana:

a) Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981

b) Otros Convenios de Protección de los Derechos Humanos.

III. CONSIDERACIONES FINALES:

I.- INTRODUCCION

La construcción conceptual de los derechos humanos y también su reconocimiento en el marco jurídico-destinado a garantizar la tutela efectiva- son fruto de un proceso histórico marcado por un amplio abanico de vectores de pensamientos filosóficos y jurídicos y de su proyección en directrices ideológicas y en la acción política reivindicativa. Una vez asumida la necesidad de plantear en términos históricos el análisis de la cuestión, hay que resaltar que la construcción de una realidad social respetuosa con los derechos humanos, todavía hoy, no puede darse por concluida ante los nuevos retos a los que se enfrenta la sociedad en el siglo XXI.

Vamos a fondear en una panorámica general de los principales logros políticos y jurídicos que han caracterizado la progresiva consecución del reconocimiento jurídico de los derechos humanos y su tutela consiguiente por la vía del derecho, es decir, su positivización jurídica, que es un fenómeno joven que se vincula básicamente a la construcción del Estado Moderno. Desde fines de la I Guerra Mundial y, sobre todo a partir de 1945, el Derecho Internacional Público viene experimentando, simultáneamente, un triple proceso de institucionalización, de socialización y de humanización que le distancia profundamente de los rasgos característicos del Derecho Internacional Clásico o tradicional. En efecto, el desarrollo y la eclosión de las Organizaciones Internacionales, la progresiva ampliación de las materias reguladas por el Derecho Internacional Público y la creciente relevancia de la persona han incidido y modificado la naturaleza y funciones del Derecho Internacional que en muchos de sus principios inspiradores es muy diferente del orden surgido en el siglo XVII, en la Paz de Westfalia, que consagró al Estado soberano en el centro de gravedad del sistema de regulación de las relaciones internacionales. El derecho de este sistema europeo de Estados era un derecho descentralizado e inorgánico que encontraba su origen en la práctica estatal como expresión de la voluntad de los Estados, que a partir de acuerdos y usos particulares iba desarrollando normas de carácter general. Tras la II Guerra Mundial el llamado Derecho Internacional Clásico entra en crisis a causa de una serie de factores, incluso anteriores, capaces de provocar cambios, por su propia naturaleza, cambios sistémicos, tales como la revolución soviética, o la colonial y la revolución científica y técnica. Este Derecho Internacional Clásico, en palabras del profesor Pastor Ridruejo, se caracteriza por ser liberal, descentralizado y oligocrático. Liberal porque sus normas atendían casi exclusivamente a la distribución de competencias entre los Estados, descentralizado porque era palmaria la ausencia de instituciones que sirvieran de instancias de moderación del poder de los Estados y oligocrático porque era un orden concebido para satisfacer los intereses de un reducido grupo de Estados. El llamado Derecho Internacional Contemporáneo es un ordenamiento jurídico de carácter humanista y social, institucionalizado y democrático. Humanista y social al interesarse por la protección de los derechos fundamentales del hombre, no solo de la definición de los mismos sino también de los mecanismos procesales para su defensa; institucionalizado no solo por la prohibición general de la guerra y la institucionalización del *ius ad bellum* conforme a la Carta de las NN-UU, sino también la existencia de organizaciones internacionales incluso con competencias políticas que limitan de algún modo el poder de los Estados y que en todo caso suministran un cauce a la cooperación y al desarrollo. Y, es democrático porque en la costumbre tiene gran relevancia el elemento espiritual, la *opinio iuris*, que en organizaciones y conferencias es expresada por todos los Estados, desarrollados o en vías de desarrollo, contrarrestando la influencia de las grandes potencias en la formación de la norma consuetudinaria.¹⁸³

El final del siglo XX se ha visto caracterizado por el llamado proceso de globalización, que tiene su origen en el ámbito económico pero que va a trasladarse a otros vectores de la vida social, cultural, etc. Su origen se enmarca en la llamada revolución científica y tecnológica, más concretamente en la de las comunicaciones que permite estar informado en tiempo real de lo que sucede en cualquier parte del planeta, el abaratamiento de los medios de comunicación (teléfono, internet) o de los medios de

183 Pastor Ridruejo, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Ed. Técnos, Madrid, 2008, pags.60 a62

transporte. Sin embargo esa globalización no se va a limitar al segmento económico ya que se refleja en otros ámbitos, como los valores sociales y políticos. No obstante la globalización no es completa ni horizontalmente (en función de los sujetos que participan) ni verticalmente (en función de las materias globalizadas). Horizontalmente porque hay Estados que se quedan fuera de la misma, que son aquellos que carecen de interés económico o estratégico: Son los llamados por Díez de Velasco los Estados Parias¹⁸⁴ que no participan en los intercambios comerciales, no son tenidos en cuenta en las negociaciones internacionales y son abandonados a su suerte a pesar de que su población sufra problemas de supervivencia por causas naturales (sequía, hambruna) o humanas (genocidio, limpieza étnica). Verticalmente porque no todo se globaliza: En el marco económico existen normas rígidas que los regula, en cambio, otras materias globales, como la protección del medio ambiente, los derechos humanos, crímenes contra la humanidad no encuentran ni normas rígidas ni organizaciones que controlen la aplicación de esas normas ni tribunales que garanticen su cumplimiento¹⁸⁵.

II.– EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Los Derechos Humanos son los derechos inherentes a todos los seres humanos, inseparables de su dignidad, son universales e indivisibles: lo primero porque se predicen del hombre, lo segundo, porque los derechos civiles y políticos han de ser efectivos, del mismo modo que los derechos económicos, sociales y culturales han de ser libremente definidos y no impuestos¹⁸⁶.

El denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una expresión anfibológica que designa el conjunto de reglas del Derecho Internacional tocante a los Derechos Humanos. Por su parte, Ferrajoli pone de manifiesto que “son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”¹⁸⁷. La doctrina viene señalando como rasgos distintivos más sobresalientes los siguientes¹⁸⁸:

a) El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un derecho heterogéneo, principalmente, de naturaleza convencional y, en consecuencia, relativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 26 y 34 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

b) El Derecho Internacional convencional de los derechos humanos genera un haz de obligaciones que no son sinalagmáticas, es decir, no son obligaciones recíprocas de un Estado frente a otro Estado, sino que son obligaciones para con la Comunidad Internacional en su conjunto.

A) GENESIS Y EVOLUCION EXPANSIVA:

En el proceso histórico de la lucha por la libertad y la dignidad humana¹⁸⁹ uno de los primeros textos normativos que se adoptan y que tradicionalmente se relacionan con los derechos humanos es la Carta Magna de 15 de junio de 1215¹⁹⁰ así como la Petition of Rights de 7 de junio de 1628¹⁹¹,

184 Díez de Velasco, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Ed. Tecnos, Madrid 2007, pág. 68

185 *Ibidem*.

186 Cfr. Carrillo Salcedo, J.A. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. 2ª Ed. Madrid (Técno), 2001

187 Entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titulares de situaciones jurídicas y autor de los actos que son ejercicio de éstas. Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías*. Madrid, Ed. Trotta, 2002, p.37

188 Castillo, M.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2006; Villán Durán, C.: *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*. Madrid, 2002, Truyol Serra, A.: *Los Derechos Humanos*. 4ª Ed. Madrid, 2000, Carrillo Salcedo, J.A.: *Op.cit*.

189 Un precedente muy remoto lo encontramos en el famoso Código de Hammurabi.

190 Fue otorgada por el Rey Juan Sin Tierra (Juan Plantagenet) hermano y sucesor de Ricardo Corazón de León, en la pradera Runnymede, entre Windsor y Staines.

191 Contiene varias solicitudes al Rey, que éste acepta, entre ellas la de que nadie puede ser detenido o encarcelado sin ser oído ante los tribunales, o nadie puede ser ejecutado sino conforme a la ley.

en segundo lugar, el Habeas Corpus Amendment Act de 28 de mayo de 1679¹⁹² y en tercer lugar el Bill Of Rights de 13 de febrero de 1689¹⁹³. De los textos jurídicos descritos no se puede decir que constituyan un catálogo completo de derechos humanos— en concreto, ni siquiera del conjunto de los derechos civiles y políticos— aunque son aportaciones importantes que se van adoptando en la escena internacional. Años más tarde surge una conciencia política y jurídica que subraya principios ideológicos liberales así como la voluntad de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos y, así, nacen la Declaración de Filadelfia en 1774 y la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776¹⁹⁴.

A diferencia de la Revolución Americana, la Revolución Francesa perseguía un profundo cambio político y social. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclama la igualdad de derechos entre todos los hombres, los derechos humanos son universales e indivisibles así como que la soberanía radica en la nación, resalta la presunción de inocencia, la libertad de expresión y de conciencia. Esta Declaración— que hoy en día forma parte del patrimonio constitucional francés¹⁹⁵—tuvo un enorme influjo pues la mayor parte de las constituciones de los Estados enuncian en su parte dogmática una serie de derechos humanos y libertades fundamentales y, en su parte orgánica y procesal establecen medios para el control del respeto de tales derechos y libertades, situación ésta que, unida a otros factores sociales como por ejemplo, las reivindicaciones obreras, el colonialismo y los derechos de la mujer, van consolidando el avance en la profundización del reconocimiento jurídico de los derechos humanos¹⁹⁶, prolongándola prácticamente hasta después de la Segunda Guerra Mundial. En esta fase del Derecho Internacional clásico, la protección de los derechos del hombre quedaba encomendada a los Estados mientras que el Derecho Internacional clásico solo preveía al respecto, mecanismos muy excepcionales como el derecho de asilo o la intervención por razones de humanidad.

Finalizada la confrontación en 1945 los derechos humanos pasaron a integrar las exigencias más elementales de la Sociedad Internacional y de ahí, que el respeto de los mismos sea una aspiración fundamental del Derecho Internacional contemporáneo, hasta el punto de que se entiende hoy comúnmente que las normas internacionales sobre protección de los derechos del hombre forman parte en sus aspectos básicos y esenciales— no en todos— del *ius cogens* internacional; es decir, los princi-

192 Es el *Writ of Habeas Corpus ad Subiiciendum*. En España había existido en el Reino de Aragón (con anterioridad al *Habeas Corpus* inglés) bajo el nombre “recurso de manifestación de personas”

193 Establece, *inter alia*, la exigencia del consentimiento del Parlamento para suspender la aplicación de las leyes o la creación de impuestos, elecciones libres para designar los miembros del Parlamento y la inmunidad de sus miembros por sus opiniones dentro del recinto

194 Tres son las notas distintivas generales que pueden extraerse : los derechos inherentes a toda persona humana por su propia condición como tal, de acuerdo con el derecho natural: Art. 1 de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia: “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes...”(lo que nos recuerda el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948) , en segundo lugar, unos principios políticos (soberanía popular, separación de poderes) y un catálogo relativamente amplio de derechos civiles y políticos (derecho a la vida y a la libertad ,derecho de sufragio, derecho a un juicio justo, inviolabilidad de domicilio sin orden judicial, libertad de prensa y de religión) lo que se encadena con la Declaración de Independencia de 1776, con la Constitución de EE.UU. de 1787 y muy especialmente con las diez primeras enmiendas a ésta (1791)

195 En efecto, en el Preámbulo de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 se dice *expressis verbis* “ el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional tal y como han sido definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”.

196 Es de justicia con estas pinceladas al Derecho Internacional clásico, hacer referencias a la *Déclaration des Droits Internationaux de l’homme* , adoptada por el Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Nueva York el 12 de octubre de 1929, que tiene el mérito de haber sido el precursor de los instrumentos internacionales dictados *sur matiére*. En la Declaración se señala que “deberían reconocerse a todo individuo, en su territorio, sin distinción de nacionalidad, sexo, lengua o religión, sin discriminación alguna, directa o indirecta, el derecho a la vida, a la libertad de conciencia y de religión, a la enseñanza y a no ser privado de su nacionalidad. Vid. Gramaín, P.: *Les droits internationaux de l’homme*. París (Editions internationales) 1933, p.179.

pios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana representan obligaciones de los Estados hacia la Comunidad Internacional en su conjunto, u obligaciones erga omnes. En igual sentido se pronuncia el artículo 19 del Proyecto de artículos de 1996 de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados al considerar que constituye un crimen internacional— distinto del simple hecho ilícito internacional— una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, o el apartheid.

El Derecho Internacional contemporáneo a lo que aspira mediante la protección internacional de los derechos humanos es la imposición de obligaciones a los Estados respecto a todos los individuos, nacionales o extranjeros, y a que los individuos puedan reclamar directamente contra el Estado infractor ante instancias internacionales en caso de vulneración de sus derechos.

B) LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CARTA DE LAS NN.UU.

La ONU es el intento más amplio en la Historia de la Humanidad de crear una organización internacional que pretende mantener la paz y la seguridad internacionales. La ONU no surgió de una manera improvisada, sino a través de un proceso laborioso en el que se fue preparando la base social sobre la que habría de asentarse el instrumento jurídico en que se concretó. Un hito fundamental en el camino de la ONU fue la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943. En la conferencia de San Francisco, que elaboró la Carta de las NN.UU., de 26 de junio de 1945, se propuso la adopción de una Declaración de Derechos Humanos que figuraría como un Anexo a la Carta. Sin embargo, esta propuesta suscitó numerosos recelos y queda limitada a las referencias que figuran en distintos artículos de la Carta. La Carta no define lo que debe entenderse por derechos humanos o libertades fundamentales ni tampoco establece un sistema internacional de protección de éstos.

Las disposiciones de la Carta que hacen referencia a los derechos humanos son las siguientes:

a) **Preámbulo:**

“Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas

Resueltos..... A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”

b) **Artículo 1:**

“Los propósitos de las Naciones Unidas son:

3. Realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

c) Artículo 13: “ La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:

b)... ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.¹⁹⁷

d) **Artículo 55:**

“ Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones..., la Organización promoverá:

197 El 21 de noviembre de 1947 la Asamblea General adoptó la Resolución 174(II) relativa al “establecimiento de una Comisión de Derecho Internacional”.

c) El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

e) Artículo 56:

“ Todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”.

f) Artículo 62.2:

“ El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y a la efectividad de tales derechos y libertades”.

g) Artículo 68:

“El Consejo Económico y Social establecerá comisiones de orden económico y social para la promoción de los derechos humanos...¹⁹⁸.

h) Artículo 76:

“los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria...

c) promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idiomas o religión así como el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos del mundo“

La consecuencia fundamental que se colige de este conjunto de disposiciones de la Carta es que, al incluirse la protección de los derechos humanos en esta, que, en definitiva, es un tratado internacional, se consagra la internacionalización de los derechos humanos, quiere esto decir, que los Estados, en materia de derechos humanos, han asumido compromisos internacionales. La cuestión ha pasado a ser objeto del interés de la sociedad internacional y del Derecho de gentes y de esta forma, deja de ser, definitivamente, materia in foro domestico de los Estados y por ello, no se puede alegar la excepción de jurisdicción interna de los Estados, en el sentido del artículo 2.7 de la Carta.

III.– LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS:

A) EN EL MARCO UNIVERSAL : La obra de las NN.UU:

Realmente, lo conseguido a través de la Carta de San Francisco es bien poco. La presión de determinados países miembros fue tan fuerte que se planteó la necesidad de subsanar tales deficiencias y así, se definieran y protegieran a la persona humana, desde la óptica internacional, en sus derechos fundamentales. La entonces recién creada Comisión de Derechos Humanos comenzó con la tarea.

a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948:

Esta Comisión nombró un “Comité de Redacción” compuesto por R.Cassin, representante de Francia, L. Chang, representante de China, Ch. Malik, representante de Líbano, E. Roosevelt, representante de EE.UU y finalmente J.P. Humphrey, de la Secretaria General de NN.UU. Después de vivas discusiones en diversos órganos, la Asamblea General, reunida en París, en el Palais de Chaillot, proclama el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos del Hombre¹⁹⁹ en virtud

198 En cumplimiento de esta misión el ECOSOC creó la Comisión de Derechos Humanos mediante las Resoluciones 5 (I) de 16 de febrero de 1946 y 9 (II) De 21 de junio del mismo año. El 15 de marzo de 2006 la Asamblea General acordó por resolución 60/25 respaldada por 170 votos a favor, 4 en contra (EE.UU, Israel, Palau e Islas Marshal) y 3 abstenciones (Bielorrusia, Venezuela e Irán) la sustitución de la Comisión de Derechos Humanos por un Consejo de Derechos Humanos, integrado por 47 Estados miembros.

199 Esa fue la denominación inicial, pero la Asamblea General decidió en virtud de la Resolución 548(VI) que los términos “ derechos del hombre” fueran sustituidos por los términos *derechos humanos* en todas las publicaciones de las

de su Resolución 217-A(III) que fue adoptada por 48 votos a favor, ninguno en contra, 8 abstenciones (Arabia Saudita, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Unión sudafricana, la URSS y Yugoslavia), dos Estados se ausentaron en el momento de la votación (Honduras y Yemen).

El contenido de la Declaración de los Derechos Humanos ha sido presentada de una manera plástica y magistral por uno de sus más eminentes redactores, René Cassin, que fue Premio Nobel de la Paz por su contribución a ésta a través de la internacionalización de los Derechos Humanos. Resumía el profesor Cassin, la Declaración diciendo que constituía un vasto templo, en cuyo atrio formado, formado por el Preámbulo, se afirma la unidad de la familia humana y cuyos cimientos estaban constituidos por los principios de libertad, igualdad, no discriminación y de fraternidad, proclamados en los artículos 1 y 2.

Cuatro columnas, de importancias igual, sostiene el Pórtico. La primera es la formada por los derechos y libertades de orden personal (artículos de 3 a 11) en los que se proclaman y definen los derechos a la vida, a la seguridad y dignidad de la persona, la igual protección ante la ley, las garantías contra la esclavitud, la tortura, la detenciones y penas arbitrarias y los recursos judiciales contra los abusos del poder político.

La segunda de las columnas está constituida por los derechos del individuo en sus relaciones con los grupos de que forma parte y de las cosas del mundo exterior (artículos 12 a 17). El hombre y la mujer tienen reconocidos, en pie de igualdad, el derecho a casarse, fundar una familia, tener un hogar, un domicilio y asilo en caso de persecución política. Todo ser humano, por vocación, tiende a ser miembro de una ciudad, ser nacional de un país, ejercer el derecho de propiedad sobre las cosas que son suyas.

El tercer pilar es el formado por las facultades del espíritu, las libertades políticas y los derechos políticos fundamentales (artículos 18 a 23): libertad de conciencia, de pensamiento, de creencias, libertad de expresión, de reunión y asociación, a formar parte de la vida política y en las elecciones. La voluntad del pueblo es proclamada fundamento de la autoridad de los poderes públicos.

El cuarto pilar, simétrico al primero, tiene un carácter novedoso en el marco internacional, y su importancia no cede en nada al de los anteriores. Es aquel de los derechos económicos, sociales y culturales (artículos 22 a 27). El derecho al trabajo, a la elección del trabajo, a la Seguridad Social, a las libertades sindicales, a la educación, el derecho al descanso, a la vida cultural y el derecho a la protección de la creación artística.

Sobre estas cuatro columnas se alza un frontispicio, en el que se enmarcan los lazos entre el individuo y la sociedad. Los artículos 28 y 30 afirman la necesidad de un orden social internacional, en el que los derechos y las libertades de la persona humana pueden y deben encontrar su plena efectividad. Se proclama así la existencia de unos deberes del individuo respecto a la Comunidad: el deber de respetar los derechos y las libertades de los otros, no poder atentar contra las exigencias de la moral, del orden público y del bien general de una sociedad democrática, y no ir en contra de los principios y fines de las NN.UU. Así, la Declaración Universal enmarca un tono continuado entre lo individual y lo social ²⁰⁰.

La Declaración enumera y define los más importantes derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero no instaura ningún derecho de reclamación de los particulares ante instancias internacionales (*ius standi*) ni establece ningún otro mecanismo de control. Desde la óptica formal y positivista y en cuanto plasmada en una Resolución de la Asamblea General, la Declaración no es per se obligatoria para los Estados miembros de NN.UU., pero lo que no se puede negar son su peso jurídico-político y su significación moral, que son, francamente enormes. A este respecto escribe el profesor Truyol: “ La Declaración es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica

NN.UU relativas a la Declaración Universal

200 Cassin, R.: “Les droits del l’homme.” *R.des C.*1974, IV, n. 140, pp.321_332.

de la humanidad, representada en la ONU y, como tal, fuente de un Derecho Superior, un higher law, cuyos principios no pueden desconocer sus miembros”.²⁰¹ Y, lo que es más importante, fue la Declaración la que propulsó la estrategia de la comunidad internacional para la protección de los derechos humanos.

b) Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966:

También conocidos como Pactos de Nueva York, fueron aprobados por Resolución 2200 –A(XXI) de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1966.

Estos Pactos de Nueva York recogen la práctica totalidad de los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal, desarrollándolos y dotándolos de unidad mediante la inclusión en ambos instrumentos de un artículo 1 común.

No vamos a emprender aquí un análisis detallado de los derechos protegidos en cada uno de los Pactos y es que su título ya da una idea elocuente de los mismos.

Mayor interés ofrece la cuestión de los mecanismos de control. Del artículo 2-1 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales se coligen tres notas claras sobre la naturaleza de estos derechos: La primera es la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas para su disfrute, lo que evoca la idea de prestaciones positivas, la segunda es la factibilidad (“hasta el máximo de los recursos de que disponga”, dice el precepto) y la tercera es la progresividad. Es lo que en Derecho internacional se denominan obligaciones de comportamiento, que sólo implican el compromiso de poner los medios para alcanzar un resultado y que dejan amplios márgenes de discrecionalidad a sus destinatarios.

En cuanto a los derechos políticos y civiles, nos encontramos que del artículo 2-1 de este Pacto, lo que se espera del Estado parte es el respeto y la garantía, que a diferencia del supuesto anterior, esta obligación no está sujeta a condicionamientos ni modulaciones y es que se presta a control por vía de informes y reclamaciones. En suma, nos encontramos ante obligaciones de resultado.

Los procedimientos son tres, uno obligatorio y dos opcionales. El primero de los procedimientos es la obligación de los Estados parte de presentar informes sobre las disposiciones adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos.

El segundo procedimiento consiste en la reclamación que hace un Estado parte de que otro Estado parte no ha cumplido con las obligaciones, siempre que uno y otro hayan aceptado la competencia del Comité de Derechos Humanos.

El tercer procedimiento se basa en las reclamaciones individuales de las personas que hayan sido víctimas de las violaciones del Pacto, y, tiene, como el anterior carácter opcional ya que el Estado demandado ha de manifestar su consentimiento en obligarse por el Protocolo Facultativo del Pacto.

No acaban aquí los mecanismos de protección de los derechos humanos, existen otros extraconvencionales.

Nos estamos refiriendo al ECOSOC que adopta en 1967 la Resolución 1235 (XLII), completada en 1970 por la 1503 (XLVIII), estableciendo una y otra un procedimiento en virtud del cual la Comisión puede conocer comunicaciones sobre violaciones masivas y flagrantes de derechos humanos en determinados países.

Existen otros procedimientos, los llamados procedimientos públicos especiales, basados en la Resolución 8 (XXIII) de la propia Comisión y en la Resolución 1235 (XLII), procedimientos que se dividen en dos categorías, por países y por fenómenos.

201 Truyol, A: *Los derechos humanos*. Tecnos. Madrid, 1982, p.31. En este mismo sentido, Liñán Noguera, D.: “ La protección de los Derechos Humanos en la Constitución Española (comentario al art. 10.2) “ *Boletín Informativo de la International Law Association* (Sección Española), Madrid, n. 9, 1982

El avance histórico en materia de derechos humanos ha hecho que la doctrina venga, últimamente, calificando a los derechos civiles y políticos de primera generación, el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales (denominados “burgueses” por la doctrina soviética) de segunda generación, los derechos referentes a las condiciones de la existencia de la persona humana, tales como, derecho al desarrollo, derecho a la paz, derecho a un medio ambiente sano²⁰² son los de tercera generación o de solidaridad y las tendencias actuales van perfilando una configuración de derechos de cuarta generación, vinculados al progreso tecnológico entre los que se incluirían los relativos a la genética o a la bioética.

La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 declaró a todos los derechos humanos como universales, indivisibles e interdependientes y relacionados entre sí, y, en este mismo foro, Austria, Estado anfitrión, propuso la creación de un mecanismo universal de protección judicial de los derechos humanos, esto es, un Tribunal Internacional para la protección de los derechos humanos en el plano universal, propuesta esta que apenas tuvo acogida, únicamente, la Conferencia de Viena se limitó a recomendar la creación de un Alto Comisionado de las NN.UU para la protección y promoción de los Derechos Humanos, que la Asamblea General instituyó mediante su resolución 48/41 de 20 de diciembre de 1993.

c) Otros Convenios de Protección de los Derechos Humanos:

Los Instrumentos jurídicos, ya citados, contemplan a la persona humana de una forma genérica y a los derechos humanos en su globalidad. Sin embargo, NN.UU ha tomado conciencia de la necesidad de proceder a un tratamiento individualizado de determinados derechos y otorgar una protección especial a determinadas categorías de personas. Por ello, elaboró una protección concreta, que se puede calificar de especializada que refuerza y profundiza el sistema general. Citaremos, sin ser exhaustivos, el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, el Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979, el Convenio contra la Tortura o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984 y su Protocolo Facultativo de 18 de diciembre de 2002, el Convenio sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 completado por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados de 25 de mayo de 2000 y por dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía de 25 de mayo de 2000, el Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 20 de diciembre de 1952 y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 25 de noviembre de 1981.

Independientemente de estos Tratados Internacionales existen otras Declaraciones de la Asamblea General que tienen un valor programático y que han contribuido a crear un estado de conciencia internacional en pro de la protección de los derechos del hombre. Lo mismo puede predicarse de la UNESCO, de la FAO y de la OMS.

Finalmente, no podemos pasar por alto los tribunales penales internacionales cuya jurisdicción se extiende a los individuos que se reputen autores de crímenes contra la humanidad, de los delicta iuris gentium. Entre ellos, mencionamos el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (R/808 del 22 de febrero de 1993), el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (R/955 de 8 de noviembre de 1994), el Tribunal para Sierra Leona (R/1315 de 14 de agosto de 2000), el Tribunal para Camboya, que aunque es un tribunal distinto, obedece a la misma finalidad. Frente a ellos, se ha

202 La *ratio essendi* de la protección del medio ambiente, desde una óptica global y universal, radica, *inter alia*, en el preámbulo de la Declaración sobre el Medio Ambiente y Desarrollo del 14 de junio de 1992, de Río de Janeiro en el que “Reconociendo la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, nuestro hogar”-

creado un tribunal de carácter permanente, la Corte Penal Internacional, instituida por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 y en vigor desde el 1 de julio de 2001.

B) EN EL MARCO REGIONAL: La obra del Consejo de Europa:

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es, sin duda, uno de los sectores del Derecho Internacional contemporáneo donde el fenómeno del regionalismo tiene una presencia más acusada. Los sistemas regionales surgen de una organización Internacional regional y están llamados a operar entre un conjunto de Estados que, perteneciendo a una misma área geográfica, presentan rasgos similares en sus sistemas políticos y en sus ordenamientos jurídicos internos. Asimismo, los sistemas regionales son totalmente independientes de los sistemas universales y a pesar de esas semejanzas, poseen unos rasgos distintivos que los configuran y diferencian de los demás.

a) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y sus Protocolos.

La obra del Consejo de Europa en este terreno puede dividirse en dos grandes vertientes: derechos civiles y políticos, de una parte y derechos económicos, sociales y culturales, de otra. La primera categoría de derechos esta protegida por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y que ha sido completado con 14 Protocolos Adicionales, adoptados entre 1952 y 2004, a través de los que se ha llevado a cabo una modificación del sistema de protección (Protocolos 2,,3,5,8,9,10,11 y 14) o una ampliación de los derechos protegidos (Protocolos 1,4,6,7,12 y 13). La segunda categoría de derechos esta amparada por la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de Octubre de 1961, en vigor desde el 26 de febrero de 1965, completada por un Protocolo de Enmienda de 21 de octubre de 1991, que, formalmente, aun no ha entrado en vigor y que , no obstante, se aplica en la práctica por decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y, por un Protocolo Adicional relativo a un sistema colectivo de quejas, de 9 de noviembre de 1995, en vigor desde el 1 de julio de 1998 y finalmente, la Carta Social Europea Revisada , el 3 de mayo de 1996 que enuncia nuevos derechos y cuyo destino final es el de sustituir progresivamente a la Carta original de Turín de 1961, como señala el artículo B de la Carta Revisada.

En su redacción original, el Convenio de Roma de 1950 no solo consagraba un conjunto de derechos sino también instituía un sistema destinado a garantizar el respeto de los Estados a las obligaciones por ellos asumidas. Esta responsabilidad de control era compartida por tres instituciones: La Comisión Europea de Derechos Humanos, creada en 1954, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instituido en 1959 y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La creciente carga de trabajo, debida al incesante crecimiento de asuntos planteados a los órganos del Convenio, incrementado por la adhesión de nuevos Estados a la Convención y a sus Protocolos Adicionales, hizo necesario reestructurar y simplificar el mecanismo de control, reforzando el carácter judicial del sistema y haciéndolo obligatorio. El 11 de mayo de 1994 se abrió a la firma el Protocolo Adicional nº 11 que entro en vigor el 1 de noviembre de 1998 modificando el mecanismo de control.

En su virtud, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 19). A este órgano judicial hay que añadir las competencias que se otorgan al Comité de Ministros del Consejo de Europa en relación con la ejecución de las sentencias del Tribunal (artículo 46) y “los poderes conferidos al Comité de Ministros por el Estatuto del Consejo de Europa “(artículo 54) así como al Secretario General de la Organización en conexión con la aplicación efectiva de las disposiciones del Convenio (artículo 52). El 31 de octubre de 1998, el viejo Tribunal Europeo de Derechos Humanos dejo de existir. El nuevo Tribunal de Derechos Humanos empezó a funcionar el 1 de noviembre de 1998, su sede es Estrasburgo (artículo 19 del Reglamento del Tribunal). El Tribunal es el único órgano jurisdiccional competente para calificar si se han conculcado o no los derechos reconocidos en el sistema del Convenio y sus Protocolos. Este órgano judicial, que funciona de manera permanente

(artículo 19) actúa en Comités, formados por tres jueces, en Salas de siete jueces y en Gran Sala constituida por diecisiete jueces y tres jueces suplentes (artículo 27 del Convenio), tiene competencia contenciosa entre Estados Parte (artículo 33) y de demandas individuales (artículo 34). Su competencia es obligatoria. También tiene competencia consultiva.

El Tribunal no sigue los trámites de la ejecución de las sentencias, puesto que esa tarea esta confiada al Comité de Ministros (artículo 46 y en relación con las Reglas adoptadas por este Comité el 10 de enero de 2001 y en conexión con las Recomendaciones (R-2000) 2 de 19 de enero de 2000 sobre reexamen o reapertura de ciertos asuntos a nivel interno después de las decisiones judiciales.

A parte del Secretario General del Consejo de Europa, que de conformidad con el artículo 52 del Convenio, puede solicitar a los Estados Parte las “explicaciones pertinentes” sobre la manera en que sus derechos internos aseguran la aplicación efectiva del Convenio, existe, asimismo la figura del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, creado por la resolución (99) 50 del Comité de Ministros el 7 de mayo de 1999, que es nombrado por la Asamblea Parlamentaria, a propuesta del Comité de Ministros. Se trata de una instancia no judicial y no puede recibir quejas individuales. Su función es la de “fomentar la educación, la sensibilización y el respeto en lo concerniente a los derechos humanos, tal como está expresado en los instrumentos del Consejo de Europa” (artículo 1).

b) La Carta Social Europea y su Protocolos:

Ni en el aspecto sustantivo ni en el procesal, la Carta de Turín ha llegado a los niveles de protección del Convenio de Roma. Sustantivamente, los Estados no tienen que comprometerse a la aceptación global de las disposiciones de la Parte II. Procesalmente, el mecanismo de protección no contiene un sistema de reclamaciones individuales, ni órganos con jurisdicción y sentencias obligatorias. Únicamente, contempla una protección intergubernamental por vía de informes que han de presentar los Estados parte que son evaluados por el Comité de Expertos, por el subcomité del Comité Social Gubernamental del Consejo de Europa, la Asamblea Consultiva y el Comité de Ministros.

c) Otros Convenios de Protección de los Derechos Humanos:

En este rápido repaso de la obra del Consejo de Europa no podemos dejar de mencionar, a parte del Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987, con sus Protocolos, la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias de 5 de noviembre de 1992, el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1 de febrero de 1995 y en materia bioética, el 4 de abril de 1997 se abrió a la firma, en Oviedo, la Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y medicina. El tema sensible de la clonación humana fue tratado específicamente en el Protocolo Adicional a la Convención, abierto a la firma en París el 12 de enero de 1998 y en el que se prohíbe toda intervención que tenga por objeto crear un ser genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto, es decir la clonación reproductiva. La situación es distinta en lo que se refiere a la clonación terapéutica pues se decidió (y así consta en el Informe Explicativo del Instrumento) dejar a la discreción de cada ordenamiento nacional la determinación de lo que se entiende por ser humano. De este modo la clonación terapéutica únicamente quedara prohibida en los países que se reconozcan expresa o implícitamente que los embriones humanos son seres humanos.

C) EN EL MARCO DE LA UNION EUROPEA:

La dimensión inicialmente económica del proceso integrador europeo concretado originariamente en las Comunidades Europeas, tuvo históricamente como consecuencia, el silencio de los Tratados constitutivos en esta materia de derechos humanos. Sin embargo, la ampliación progresiva de los ámbitos materiales de las Comunidades Europeas, insertó esta problemática como se puso de manifiesto en la Declaración Conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de 1977.

Esta preocupación por los mecanismos de protección de los derechos humanos ha cristalizado en un sistema de protección de base pretoriana (calificado así por la doctrina) puesto en marcha por el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas; este sistema no establece un procedimiento específico para la protección de los derechos humanos ya que se ejerce a través de las vías de recurso ordinarios establecidos en los Tratados, muy especialmente la cuestión prejudicial (artículo 234 del tratado de la Comunidad Europea). Por otro lado, hemos de añadir que, el Tribunal no protege los derechos humanos en si mismos considerados en forma aislada, sino cuando se produce una conexión comunitaria, es decir, cuando en el proceso de interpretación o aplicación de una norma comunitaria se suscita una cuestión que afecta al disfrute de derechos humanos fundamentales. De esta forma, aplicando principios generales de Derecho, el Tribunal de Justicia ejerce una función protectora respecto de derechos que no están *expressis verbis* reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario, pero que se identifican con las tradiciones de los Estados miembros, con el Convenio de Roma de 1950 y demás Tratados en esta materia.

Frente al silencio anterior, el Acta Única Europea, adoptada en Luxemburgo el 27 de enero de 1986 y firmada en 17 de febrero de 1986, en su Preámbulo contiene referencias a la protección de los derechos humanos como fundamentación ideológica del sistema de integración.

El Tratado de la Unión Europea (TUE) de 1992, (Maastricht, 2 de Febrero) constitucionaliza el respeto a los derechos humanos “tal como se garantiza en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”. Esta “constitucionalización de los derechos humanos” en el seno de la Unión, no tiene consecuencias en el marco competencial, como puso de manifiesto el Tribunal en su Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996.

Esta cinemática no ha sido modificada de forma sustancial en el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, que si refuerza la fundamentación ideológica en el seno de la Unión (artículo 6 del TUE).

En consecuencia, se concibe el respeto de los derechos humanos como una condición indispensable que ha de cumplir cualquier estado candidato a incorporarse a la Unión, al tiempo que prevé un sistema de suspensión de los derechos de los Estados miembros en caso de conculcación de los derechos fundamentales (artículo 7 del TUE). Este mismo modelo se mantiene, con modificaciones de menor cuantía, en el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001. Esta ausencia de un catálogo de derechos humanos no significa, en absoluto, una laguna ya que hay que rotular dos enumeraciones de derechos, cuyo valor moral está fuera de toda duda, pero no tienen valor jurídico vinculante: La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, adoptada por el Parlamento Europeo el 12 de mayo de 1989 y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aprobada en el Consejo Europeo de Estrasburgo en diciembre del mismo año. El paso decisivo es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo en diciembre de 2000. Carece de carácter vinculante pero su significado jurídico-político es innegable.

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, los derechos humanos están recogidos en la Parte I, Título II (De los Derechos Fundamentales y de la Ciudadanía de la Unión, artículos 7y8) y en la Parte II de este Tratado (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, Título I y II, artículos II-1 a II-19), con lo que adquiere ya fuerza jurídica vinculante. En cualquier caso y desde el marco de la protección de los derechos humanos, el “modelo pretoriano” permanece inalterado. Este fallido Tratado por el que se establece una “Constitución para Europa” prevé que la Unión Europea se adhiera al Convenio de Roma de 1950, lo que abrirá la posibilidad de un control internacional extracomunitario.

El 1 de marzo de 2007 se constituyó la Agencia Europea de Derechos Humanos.

El Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en su artículo 2-1 proclama que la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos.

D) EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS:

La promoción y protección de los derechos humanos está unida al fenómeno del panamericanismo²⁰³ sobre todo después de la II Guerra Mundial. Como antecedentes próximos a la OEA hay que citar la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz, celebrada en Chapultepec en 1945 y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) de 1947, que definen la garantía de los derechos humanos como fundamento de la paz en el continente.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos está fundamentado en dos vertientes diferentes: La Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 30 de abril de 1948 y demás instrumentos jurídicos conexos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como el “Pacto de San José de Costa Rica” de 22 de noviembre de 1969, sin olvidarnos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948.

a) La Carta de la O.E.A. de 1948:

La Carta de la OEA, firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948, ha sido enmendada por el Protocolo de Cartagena de Indias de 5 de diciembre de 1985, por el Protocolo de Washington de 14 de diciembre de 1992 y por el Protocolo de Managua de 10 de junio de 1993. En su versión original, contenía referencia a los derechos humanos en el Preámbulo así como en los artículos 5,j) (hoy artículo 3.1) y en el artículo 13 (hoy artículo 17).

En efecto, el Preámbulo proclama la necesidad de crear un vínculo de solidaridad americana y de buena vecindad con el fin de consolidar, en el Continente y en el marco de las instituciones democráticas un régimen de libertad individual y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

El artículo 5 de la Carta (hoy artículo 3-1) en su apartado J) establece que los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

El artículo 13 de la Carta (hoy artículo 17) pone de manifiesto que cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. Este desenvolvimiento estatal respetará los derechos de la persona humana.

La Carta de la OEA no definía el significado de derechos esenciales del hombre, derechos fundamentales de la persona humana ni derechos de la persona humana, ni tampoco establecía institución alguna que promoviera su respeto.

b) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948:

La IX conferencia Interamericana, celebrada en Bogotá, que aprobó la Carta de la OEA, proclamó, simultáneamente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Resolución XXX) y la Carta Interamericana de Garantías Sociales (Resolución XXIX). Esta Declaración Americana de 1948 –siete meses antes de que la Asamblea General de las NN.UU adoptara la Declaración Universal de los Derechos Humanos– constituye el primer instrumento internacional de protección de los derechos humanos.

La Declaración está compuesta de 38 artículos que contienen una lista de veintisiete derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y una decena de deberes. Desde el punto de vista

203 Se institucionalizó el panamericanismo en 1890 en la Conferencia de Washington. En 1928 se adoptó la Convención para la Unión Panamericana, uno de cuyos órganos era la Conferencia Internacional Americana.

formal, al ser una resolución adoptada en el seno de una conferencia internacional, la Declaración Americana no tiene un valor jurídico vinculante— los Estados no pretendieron en ningún momento darle carácter obligatorio—.

c) Otros Convenios de Protección de los Derechos Humanos:

La V Reunión de Consulta de Ministros de Asuntos Exteriores, que es un órgano de la OEA, celebrada en Santiago de Chile del 12 al 18 de agosto de 1959, creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por Resolución VIII, como órgano básicamente técnico y consultivo. Si bien en un principio no se configuraba como un órgano de la OEA, denominándose con el ambiguo término de “entidad autónoma”, el Protocolo de Buenos Aires de 27 de febrero de 1967, que reforma la Carta de la Organización, convierte a la Comisión en órgano principal y permanente de la misma, otorgándole competencias para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos (artículo 51 del Protocolo de Buenos Aires, hoy artículo 106 de la Carta de la OEA).

El propósito de proteger los derechos humanos, determinó la firma en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 de la Convención Americana sobre derechos humanos, tratado este que fue completado por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, de 17 de noviembre de 1988, que no entró en vigor aún y el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 8 de junio de 1990 firmado en Asunción, en vigor desde el 28 de agosto de 1991.

Esta Convención, que es una auténtica puesta al día si la comparamos con el Convenio de Roma de 1950, protege ocho derechos que no figuraban en la europea: reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano, indemnización por error de la justicia, derecho de rectificación y respuesta, derecho al nombre, los relativos al niño, derecho a la nacionalidad, igualdad ante la ley y derecho de asilo.

El mecanismo de protección del Pacto de San José se basa en dos órganos: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 33). La Comisión desarrolla tres tipos de actividades extramuros convencional: estudio sobre la situación de los derechos humanos en países concretos, estudio de comunicaciones individuales sobre violación de los derechos humanos e investigaciones in loco (artículos 18 apartados c), d) y g) y 20 de su Estatuto, reformado en 1979 y en relación con los artículos 41 a 51 de la Convención).

La Corte, órgano judicial *stricto sensu*, actúa a través de informes periódicos, similar al establecido en el marco de la NN.UU, denuncias interestatales y denuncias individuales (el Estatuto de la Corte fue aprobado en el IX periodo de sesiones, celebrado en La Paz en octubre de 1979, reformado en el XII periodo de sesiones, celebrado de en Washington D. C. en noviembre de 1982. El vigente Reglamento de la Corte fue aprobado el 18 de enero de 1991, reformado en 25 de enero y 16 de julio de 1993).

Por último, rotularemos textos de alcance sectorial, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 9 de diciembre de 1985, en vigor desde el 28 de febrero de 1987, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas de 9 de junio de 1994, en vigor desde el 5 de marzo de 1995, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de 9 de junio de 1994 y en vigor el mismo día que el anterior tratado y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada el 7 de junio de 1999, que entró en vigor el 14 de septiembre de 2001. El rasgo característico de estas Convenciones es que crean mecanismos de control *ad hoc*, asignando, en general, las funciones de supervisión a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a las que ya nos hemos referido .

E) EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD AFRICANA:

La Organización para la Unidad Africana, que es una Organización Internacional regional, creada por la Carta de Addis Abeba el 25 de mayo de 1963, no asignó un papel importante a la promoción y protección de los derechos humanos, aunque bien es cierto que en su Preámbulo mencionaba la Carta de las NN.UU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos pero no establecía órganos para la protección de éstos.

Esta OUA ha sido sustituida por la Unión Africana (UA) en virtud del Acta Constitutiva de la Unión Africana, adoptada en Lomé el 11 de junio de 2000, entrando en vigor el 26 de mayo de 2001. Este instrumento jurídico incorpora sendas referencias a los derechos humanos en su artículo 3.h) (objetivos) y en el artículo 4.m) (principios).

a) La Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981:

El 26 de junio de 1981, la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno adoptó la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, también conocida como Carta de Banjul, que entró en vigor el 21 de octubre de 1986 que fue completada con el Protocolo de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 9 de junio de 1998 y en vigor desde el 15 de enero de 2004. Concebida como el instrumento básico de la OUA para la promoción y protección de los derechos humanos, se inscribe en el grupo de instrumentos de alcance general al que pertenecen los Pactos de Nueva York, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto de San José. Sin embargo, presenta un haz de rasgos distintivos que la diferencian de aquellos instrumentos y que se explican no solo por la situación de dependencia económica y subdesarrollo en que se encuentran la mayoría de las naciones africanas, sino también por la necesidad de autoafirmación nacional de éstas.

Entre los rasgos distintivos, siguiendo al profesor Pastor Ridruejo, pueden citarse, una concepción fuertemente colectivista y comunitaria de la sociedad y derechos, una regulación paralela y en un mismo instrumento de los derechos civiles y políticos y de los económicos, sociales y culturales. En tercer lugar, un tajante y rotundo paralelismo entre los derechos atribuidos al individuo y los deberes que se le imponen como miembro de la comunidad y, finalmente, un escaso mecanismo de protección en el que la denuncia individual ocupa un lugar marginal, y cuya eficacia se hace depender, en último extremo de un órgano político: La Asamblea de Jefes y de Gobierno.

La Parte II de la Carta Africana establece las medidas de defensa para asegurar la protección de los derechos del hombre y de los pueblos, institución que se encarga la Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, con sede en Banjul, junto con la Asamblea y la Corte Africana.

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos es la “encargada de promover los derechos humanos y de los pueblos y de asegurar su protección en África” (artículo 30). Dicha función es ejercida a través de tres métodos: Estudio de informes periódicos que los Estados han de presentar cada dos años sobre las medidas legislativas que han adoptado. Otro es las denuncias intergubernamentales presentadas por un Estado parte contra otro Estado parte al que considera responsable de una violación de los derechos reconocidos en la Carta Africana. Finalmente, otras comunicaciones distintas a las presentadas por los Estados, que están sometidas a condiciones de admisibilidad rigurosas, como son reducidas las medidas que la Comisión puede adoptar, pues “ha de llamar la atención sobre la conculcación de los derechos humanos” y la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno quien adopta la decisión sobre el fondo del asunto.

De conformidad con la Carta Africana, la Comisión ejerce sus funciones de forma confidencial, aunque su Reglamento Interno de 6 de octubre de 1995 permite celebrar vista pública, cuando se analiza denuncias por supuestas violaciones de derechos humanos.

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos es el órgano judicial de protección. Tras la entrada en vigor del ya citado Protocolo de 1998, el 15 de enero de 2004, ha tardado mucho

en constituirse y su primera reunión no se celebró hasta julio de 2006, encontrándose en estos momentos en fase de redacción su reglamento interno. Esta Corte, la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno— órgano político y supremo— decidió en junio de 2004 fusionar en un solo órgano a la nueva Corte Africana de Justicia, creada— como vimos— en virtud del Acta Constitutiva de la UA del Protocolo de 1998; en vigor desde el 15 de enero de 2004 y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que, seguramente, se convertirá en una nueva sala de la Corte Africana.

La “nueva Corte” puede recibir demandas sobre violaciones de los derechos humanos que pueden ser presentadas por la Comisión, por un Estado parte de la UA, por individuos o por ONG que ostente el status de observador ante la Comisión Africana.

El alcance de todo ello está por definir ante las serias dificultades que presenta, sobre todo ante la distribución y reparto de competencias entre la Comisión y la Corte.

b) Otros Convenios de Protección de los Derechos Humanos:

Los derechos reconocidos en la Carta Africana han sido objeto de ampliación mediante estos instrumentos jurídicos: El Protocolo relativo a los Derechos de las Mujeres de 2003 y en vigor desde el 26 de octubre de 2005, así como la Carta Africana de los Derechos del Niño y del Bienestar de julio de 1990, que entró en vigor el 29 de noviembre de 1999.

V.- CONSIDERACIONES FINALES:

Si la función pacificadora se erige como un eje esencial en los ordenamientos jurídicos, dicha labor adquiere un significado especial en el ordenamiento jurídico internacional a través de los mecanismos oportunos, que constituyen las grandes columnas sobre las que se alza el edificio del Derecho Internacional. A partir de 1945 el Derecho Internacional viene experimentando, simultáneamente, un triple proceso de institucionalización, de socialización y de humanización que le distancia profundamente de los rasgos característicos del Derecho Internacional clásico. La eclosión de las organizaciones internacionales y la creciente relevancia de la persona humana han modificado la naturaleza y funciones del Derecho Internacional. Los acontecimientos ocurridos desde la última década del pasado siglo— la aceleración de la historia, como ha sido denominado por un sector de la doctrina y por otro como la revolución dulce del otoño de los pueblos en la Casa Común de Europa — ha puesto de relieve que nos encontramos en los umbrales de una Sociedad mundial del Derecho, o un nuevo orden humanitario internacional, uno de cuyos fulcros es el respeto a los derechos humanos que se convierte en elemento necesario para el mantenimiento, construcción y consolidación de la paz.

Los derechos humanos fundamentales son universales e indivisibles: lo primero porque se predicen del hombre y lo segundo porque los derechos civiles y políticos han de ser efectivos, del mismo modo que los derechos económicos, sociales y culturales han de ser libremente definidos y no impuestos, pone de manifiesto acertadamente el profesor Carrillo Salcedo. La afirmación de que la persona humana es titular de derechos propios, oponibles jurídicamente a todos los Estados, incluso al Estado del que sea nacional, es una innovación revolucionaria, como lo califica la doctrina. A partir de la Carta de los NN.UU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional reconoce, en esta materia, que los Estados tienen obligaciones hacia la Comunidad Internacional en su conjunto para la consecución del bien común. Por eso, existe el deber de solidaridad entre todos los Estados a fin de garantizar la protección universal y efectiva de los derechos humanos, en los términos del artículo 56 de la Carta.

Los órganos creados mediante convenios internacionales (universales y regionales, generales, sectoriales o específicos) de una parte y el extraordinario desarrollo de las competencias y funciones de la Comisión de Derechos Humanos de las NN.UU nos llevan al convencimiento de que los derechos humanos constituyen un sólido fundamento de la paz. Sin embargo, aún estamos lejos de mecanismos universales de protección judicial de los derechos humanos, esto es, un Tribunal Inter-

nacional para la Protección Universal de los Derechos Humanos, propuesta austríaca en 1993 en el foro de la Conferencia Mundial en esta materia.

La dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que le son inherentes han contribuido a la revisión de la posición constitucional de los Estados en el plano internacional. Compartimos plenamente las circunspectas palabras del profesor Carrillo Salcedo cuando afirma que únicamente los Estados que respeten los derechos humanos fundamentales serán Estados civilizados en el sentido del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia y Estados amantes de la Paz en los términos del artículo 4 de la Carta de las NN.UU.

Por el contrario, aquellos que vulneren sistemática, masiva y gravemente los derechos humanos fundamentales de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, son Estados enemigos de la paz y Estados no civilizados, y no pueden encontrar refugio en los viejos principios de la soberanía y no intervención en los asuntos internos de los Estados.

Así entendida, la noción de Estados civilizados— continúa el profesor Carrillo Salcedo— perdería la connotación eurocéntrica que tuvo en el pasado la Comunidad Internacional para alcanzar una dimensión universal en la que los conceptos de civilización y de paz se identifican con el respeto de los derechos humanos fundamentales y el rechazo de la barbarie. Dicho con otras palabras, una paz verdadera requiere una visión que engloba la educación, la alfabetización, la salud, la alimentación, los derechos humanos y las libertades fundamentales. Es decir, una verdadera cultura de paz, que vienen a confirmar las palabras que Kofi Annan, ex secretario General de NN.UU, decía en la Memoria Anual que rinde a la Organización de vocación universal, estas esperanzadoras palabras “Unidos podemos transformar el mundo de hoy en el mundo concebido en la Carta”, idea esta que el Secretario General confirma el 21 de marzo de 2005 en su Informe “ Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos”, seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio.

DERECHO DEL TRABAJO GLOBAL. A PROPÓSITO DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 1927/2006 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DICIEMBRE DE 2006, POR EL QUE SE CREA EL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN

Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de A Coruña
Presidente del Instituto de Investigación de la ACDCTSS

Alberto Arufe Varela

Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de A Coruña
Vicepresidente del Instituto de Investigación de la ACDCTSS

Sumario: I. PLANTEAMIENTO.– II. EL CONSEJO EUROPEO DE HAMPTON COURT, DE DICIEMBRE 2005, Y LA PROPUESTA DE REGLAMENTO CREANDO EL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN, DE MARZO 2006.– III. LAS PRIMERAS VALORACIONES SINDICALES SOBRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO CREANDO EL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN.– IV. LA LEY FEDERAL NORTEAMERICANA DE COMERCIO DE 2002, COMO FUENTE INSPIRADORA.– V. LA PROMULGACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 1927/2006 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2006, POR EL QUE SE CREA EL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN, Y SUS IMPACTOS SOBRE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL.– VI. LOS CASOS RELATIVOS A LA APLICACIÓN, ESPECIALMENTE A ESPAÑA, DEL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN.– VII. EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 546/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 18 DE JUNIO DE 2009, QUE MODIFICA EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 1927/2006 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2006, POR EL QUE SE CREA EL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN.– VIII. CONCLUSIONES.– IX. SITIOS DE INTERNET MANEJADOS Y CITADOS.

I. PLANTEAMIENTO

1. Como se sabe, la globalización de la economía a través de la liberalización del comercio mundial —especialmente intensa a partir de 1 enero 1995, que fue la fecha de entrada en vigor de la Constitución de la «Organización Mundial del Comercio»²⁰⁴— ha acabado por hacer evidente, en este siglo XXI en que nos encontramos, la existencia de una nueva «cuestión social» pero a escala planetaria, con todas sus consecuencias negativas tanto para los trabajadores de países del tercer mundo (por ejemplo, la perpetuación de las penosísimas condiciones de empleo en que trabajan) como para los trabajadores de países del primer mundo, a que nosotros pertenecemos. De ahí la reacción de los Estados Unidos de Norteamérica, mediante la temprana promulgación de una Ley federal de 2002, que fue tomada como fuente inspiradora de la que luego acabaría siendo la legislación federal laboral de la Unión Europea sobre nuestro concreto tema —se trata, en consecuencia, de una interacción laboral de allá para acá, paralela a las que también existen (aunque sean conocidas por muy pocos) de acá para allá²⁰⁵—, sobre el tema del que no hay inconveniente en denominar «Derecho del Trabajo global» (cfr. infra, IV). Al respecto, no nos parece pura coincidencia que la iniciativa europea para la adopción de esta nueva legislación laboral global de la Unión Europea fuese tomada por el entonces premier británico Tony Blair, en el Consejo europeo de diciembre de 2005, celebrado en Hampton Court, dada la evidente conexión entre británicos y yanquis, mantenida y reforzada con una constancia que no deja de sorprendernos a los europeos del continente, desde que finalizó la Segunda Guerra Mundial (cfr. infra, II), habiéndola valorada muy positivamente la CES (cfr. infra, III). Esta iniciativa cuajó con la promulgación del Reglamento creando el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización de diciembre de 2006 (cfr. infra, V). Se trata de un Fondo que nuestro país viene aprovechado cumplidamente, lo que pondremos de relieve a propósito de la aplicación a España del Reglamento en cuestión (cfr. infra, VI). En fin, las disfunciones detectadas en la aplicación del Reglamento comunitario rector del Derecho laboral global en la Unión Europea provocaron que se produjese una importante enmienda del mismo, que tuvo lugar el pasado año 2009 (cfr. infra, VII). Nuestra valoración crítica sobre todo este complejo asunto, que nos parece apasionante —hasta el punto de habernos motivado a participar, con sendas comunicaciones sobre el mismo, en el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en París el 6 septiembre 2006²⁰⁶—, consta explicitada en las conclusiones acompañantes a este escrito, a modo de epílogo (cfr. infra, VIII).

II. EL CONSEJO EUROPEO DE HAMPTON COURT, DE DICIEMBRE 2005, Y LA PROPUESTA DE REGLAMENTO CREANDO EL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN, DE MARZO 2006

2. Prescindiendo del examen de embriones jurídicos más o menos inconcretos, el primer fruto merecedor de algún tipo de análisis jurídico laboral, claramente provocado por el fenómeno de la liberalización del comercio mundial, fue —en el seno de la Unión Europea— la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a

204 Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 103.

205 Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 194-195.

206 Las comunicaciones en cuestión, presentadas al Taller 1 (español y francés) del Tema 1 («Liberalización del comercio y Derecho del Trabajo»), trataban de «Algunos impactos previsibles, sobre la legislación española laboral y de seguridad social, de la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización”» (la de Jesús MARTÍNEZ GIRÓN), y de «Análisis de la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización”, a través de las primeras valoraciones sindicales relativas a la misma» (la de Alberto ARUFE VARELA).

la Globalización», fechada en Bruselas el 1 de marzo de 2006²⁰⁷, en la que existían poderosas razones de fondo y de forma —expresamente invocadas en la exposición de motivos de la «Propuesta» en cuestión— como para poder predecir razonablemente que la misma acabaría convirtiéndose, más pronto que tarde, en un texto jurídicamente vinculante en todo el territorio de la Unión. De un lado —aquí residía la razón de fondo—, por la necesidad de «prestar ayuda, a escala europea, a las personas que han de adaptarse a las consecuencias de la globalización»²⁰⁸, que son consecuencias focalizadas en «el trauma de perder de repente su puesto de trabajo»²⁰⁹, a causa «de deslocalizaciones a terceros países, de incremento masivo de las importaciones o de disminución progresiva de la cuota de mercado de la UE en un determinado sector»²¹⁰. De otro lado, porque —ya lo sabemos— «en el Consejo Europeo de los días 15 y 16 de diciembre de 2005 [celebrado en Hampton Court], los Jefes de Estado o de Gobierno convinieron en la creación de un Fondo de Adaptación a la Globalización “destinado a ofrecer ayuda adicional a los trabajadores despedidos como consecuencia de importantes cambios estructurales en las pautas del comercio mundial y a asistirles en sus esfuerzos de reciclaje y búsqueda de empleo”»²¹¹.

3. Por supuesto, resultaba claro que esta «Propuesta» podía llegar a ser retocada en aspectos múltiples, hasta llegar a su definitiva conversión en un texto que resultase directamente aplicable. Pero no parecía previsible que lo cambiado en ella hubiesen de ser precisamente sus aspectos más estructurales. Y a nuestro juicio, estos últimos quedaban reconducidos a sólo dos. En primer lugar, la necesidad de hacer frente —por causas conectadas siempre a la globalización de la economía— a despidos en masa ocurridos en zonas de la Unión previamente sacudidas ya por el problema del paro (al respecto, la exposición de motivos de la «Propuesta» se refiere a posibles «despidos masivos en mercados de trabajo locales que ofrecen escasas perspectivas de empleo a nivel regional»²¹², a que tal «problema es particularmente acuciante cuando estos sectores en declive están situados en regiones ya deprimidas»²¹³, y a que «el impacto territorial de los despidos anunciados en una empresa o un sector dado será un elemento esencial a la hora de decidir la intervención del FEAG»²¹⁴, esto es, del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización). En segundo lugar —visto que «los trabajadores damnificados por los reajustes tienden a ser de más edad y a poseer cualificaciones educativas y capacidades que no son del todo adecuadas a las nuevas exigencias del mundo del trabajo»²¹⁵—, la necesidad de apoyar simultáneamente políticas activas y políticas pasivas de empleo, pues —siempre según la exposición de motivos de la «Propuesta»— el objetivo del Fondo será contribuir a financiar «medidas activas, tales como la asistencia en la búsqueda de un empleo con asignaciones vinculadas al trabajo de carácter temporal: la experiencia nos enseña que estos complementos salariales, destinados a hacer que merezca la pena trabajar, son muy eficaces a la hora de mejorar la participación en el empleo si se conjugan con políticas activas del mercado de trabajo»²¹⁶.

4. Por lo demás, también resultaba evidente —supuesto que la «Propuesta» iba a convertirse pronto, como ya entonces parecía previsible, en verdadero «Reglamento»— que este último impactaría frontalmente sobre los ordenamientos internos de los diversos Estados de la Unión, imponiéndose a ellos —en su caso— con toda la fuerza jurídica que otorgaba por aquel entonces a tales normas jurídicas el artículo 249 de la versión consolidada del Tratado CE. De ahí que resultase prudente anticiparse a predecir qué posibles impactos directos llevaría aparejada su entrada en vigor sobre dichas legislaciones nacionales; y más, si se tiene en cuenta que la «Propuesta» pretendía su-

207 Su texto puede localizarse a través de <http://europa.eu/eur-lex>.

208 Apartado 1.2, párrafo segundo.

209 *Ibidem*.

210 Apartado 1.3, párrafo segundo.

211 Apartado 1.2, párrafo tercero.

212 Apartado 1.3, párrafo cuarto.

213 Apartado 1.3, párrafo quinto.

214 *Ibidem*.

215 Exposición de motivos, apartado 1.3, párrafo tercero.

216 Apartado 1.3, párrafo octavo.

jetar la ejecución de las ayudas financiadas por el Fondo que regula a un rígido marco temporal («el Estado miembro utilizará la contribución financiera y, en su caso, cualquier interés devengado por ésta, en los dieciocho meses siguientes a la fecha a partir de la cual los gastos son admisibles»)²¹⁷, apremiando incluso a los propios Estados miembros a que se apresurasen a poner en práctica las políticas que el propio Fondo pretendía financiar («si bien es cierto que cada intervención del FEAG deberá ser autorizada por una decisión específica del Consejo y del Parlamento Europeo, actuando en calidad de autoridad presupuestaria de la Comunidad, el Estado miembro solicitante podría emprender inmediatamente medidas por su cuenta, sin necesidad de esperar la decisión de financiación ni el desembolso efectivo de la contribución financiera»)²¹⁸. Por supuesto, un aspecto relativo a esta «Propuesta» que un laboralista no podía preterir es el relativo al impacto que la misma provocó por aquel entonces en los interlocutores sociales de escala europea, y especialmente los sindicales, de todo lo cual pasamos a tratar seguidamente.

III. LAS PRIMERAS VALORACIONES SINDICALES SOBRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO CREANDO EL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN

5. Como se sabe, entre los interlocutores sociales expresamente reconocidos como «representativos» por la Comisión Europea, del lado sindical y a título de organización «general» se cuenta la denominada Confederación Europea de Sindicatos. Siempre nos parecieron especialmente significativas las valoraciones de esta Confederación sindical en relación con la «Propuesta de Reglamento» de que venimos tratando, no sólo por la dimensión geográfica del asunto —la propia «Propuesta de Reglamento» indicaba, como parecía lógico, que «el presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro»²¹⁹—, sino también por el hecho de que de la citada Confederación forman parte en calidad de miembros afiliados, entre otros —entre los que, por cierto, no faltan sindicatos de ninguno de los veintisiete Estados integrantes de la Unión Europea—, los dos sindicatos que en España gozan de la consideración legal de ser los más representativos a nivel del conjunto del Estado²²⁰. Pues bien, las primeras valoraciones efectuadas por la Confederación Europea de Sindicatos sobre la mencionada «Propuesta de Reglamento» pudieron ser conocidas al mismo tiempo que ésta, resultando accesibles a través de un comunicado publicado en su sitio en Internet y fechado el propio día 1 de marzo de 2006²²¹, tratándose de un comunicado en cuyo encabezado podía leerse que «la Confederación Europea de Sindicatos da la bienvenida al establecimiento del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, pero desearía ver un fortalecimiento del papel de los interlocutores sociales en el proceso de reingreso al empleo»²²².

6. La bienvenida tributada a esta «Propuesta de Reglamento» por la Confederación Europea de Sindicatos parecía motivada, ante todo, por el hecho de que los destinatarios últimos de las acciones que puedan llegar a financiarse con cargo al «Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización» fuesen los trabajadores, resaltando al respecto la Confederación en su comunicado que el propósito del «Fondo» es «ayudar a los trabajadores despedidos como consecuencia de graves transformaciones industriales»²²³, y en particular, «por ejemplo, a los trabajadores que caen víctimas de la

217 Artículo 13.2.

218 Exposición de motivos, apartado 1.3, párrafo decimosegundo.

219 Cfr. su artículo 22 («Entrada en vigor»), párrafo tercero.

220 Sobre el origen, la composición y la organización de la Confederación Europea de Sindicatos, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, *Asociaciones sindicales y empresariales de carácter internacional*, Comares (Granada, 2003), págs. 74 y ss.

221 El sitio en cuestión —construido en lenguas inglesa y francesa— es el siguiente: www.etuc.org, tomando para su denominación el acrónimo en inglés de la Confederación Europea de Sindicatos (esto es, *European Trade Union Confederation*).

222 Véase en www.etuc.org/a/2134.

223 Párrafo primero.

globalización»²²⁴. En efecto, como se indica en la esclarecedora exposición de motivos de la «Propuesta de Reglamento», precisamente «los beneficiarios del Fondo serán los trabajadores»²²⁵ —y además, «los trabajadores de todos los Estados miembros»²²⁶—, debiendo tenerse en cuenta que «la asistencia se concentrará en los trabajadores despedidos en las regiones más duramente afectadas por las perturbaciones económicas»²²⁷, ya sea como consecuencia de «deslocalizaciones a terceros países, de incremento masivo de las importaciones o de disminución progresiva de la cuota de mercado de la UE en un determinado sector»²²⁸; y por todos estos motivos, el artículo 1 de la «Propuesta de Reglamento» —a propósito de su «Objeto y ámbito de aplicación»— indicaba que «por el presente Reglamento se crea un Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, en lo sucesivo el “FEAG”, con el fin de permitir a la Comunidad prestar ayuda a los trabajadores despedidos como consecuencia de grandes cambios estructurales en los patrones del comercio mundial»²²⁹. Con todo, si bien los trabajadores despedidos son los destinatarios últimos de las eventuales ayudas financiadas con cargo al «Fondo», cabe subrayar que en modo alguno tales trabajadores aparecen caracterizados como peticionarios directos de las mismas, dado que la puesta en marcha de la actuación del «Fondo» queda en manos de los Estados miembros, a quienes corresponde —«en el plazo de diez semanas a partir de la fecha en la que se cumplan las condiciones de intervención del FEAG previstas en el artículo 2»²³⁰— «presentar a la Comisión una solicitud de intervención del FEAG»²³¹, siempre según la «Propuesta».

7. Una razón adicional para dar la bienvenida a la «Propuesta de Reglamento», siempre según las primeras valoraciones efectuadas por la Confederación Europea de Sindicatos en su comunicado de 1 marzo 2006, se refería al contenido de las ayudas susceptibles de ser financiadas con cargo al «Fondo», en la medida en que tales ayudas cristalizaban principalmente en un «auxilio financiero o en la asistencia para encontrar un nuevo empleo»²³², y asimismo, en que para tales fines pretendía disponerse efectivamente de «una cantidad de 500 millones de euros por año»²³³. El precepto clave de la «Propuesta de Reglamento» es aquí su artículo 3, en el que se describen con cierto detalle las «acciones subvencionables» con cargo al «Fondo», sobre la base de que «al amparo del presente Reglamento se concederá una contribución financiera en el marco de un conjunto coordinado de servicios personalizados destinados a la reinserción laboral de los trabajadores que hayan perdido sus puestos de trabajo»²³⁴. De un lado, tales acciones pueden concretarse en «medidas activas del mercado de trabajo», citando el propio artículo 3, a título de «ejemplo», alguna de las siguientes:

224 Párrafo segundo.

225 Apartado 1.3, párrafo primero.

226 *Ibidem*.

227 *Ibidem*.

228 Apartado 1.3, párrafo segundo.

229 Apartado 1.

230 Artículo 5.1. Según la literalidad del artículo 2, tales condiciones son alternativamente las siguientes: 1) que se trate de un «despido de al menos mil trabajadores de una empresa, incluidos los asalariados despedidos por los proveedores o los transformadores de productos de dicha empresa, en una región en la que el desempleo, medido en el nivel NUTS III, sea más elevado que la media comunitaria o nacional»; ó 2) que se trate de un «despido, durante un período de seis meses, de al menos mil trabajadores de una o más empresas de un sector, en el sentido del nivel 2 de la NACE, que represente al menos un 1% del empleo regional medido en el nivel NUTS II». Téngase en cuenta, a los efectos de lo dispuesto en este precepto, que los niveles «NACE» se definen en el Reglamento (CEE) nº 3037/1990 del Consejo, de 9 octubre 1990, relativo a la nomenclatura estadística de actividades económicas en la Comunidad Europea; y además, que los niveles «NUTS II» y «NUTS III» aparecen descritos en el Reglamento (CE) nº 1059/2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 mayo 2003, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS).

231 Artículo 5.1.

232 Párrafo segundo.

233 *Ibidem*. Este dato aparece también explicitado en el apartado 4 de la exposición de motivos de la «Propuesta de Reglamento» (sobre sus «Repercusiones presupuestarias»), indicándose al respecto que «el importe máximo de los gastos financiados por el Fondo será de 500 millones de euros al año».

234 Párrafo primero.

«asistencia en la búsqueda de un empleo, orientación profesional, formación y reciclaje profesional a medida, incluidas las competencias en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), ayuda a la recolocación y la promoción del espíritu empresarial o asistencia con vistas al establecimiento por cuenta propia»²³⁵. De otro lado, el mismo precepto sugiere la posibilidad de ofrecer «complementos de renta especiales vinculados al trabajo de duración limitada», que podrían consistir —de nuevo, siempre según el artículo 3, a título de «ejemplo»— en «asignaciones de búsqueda de empleo, asignaciones de movilidad, complementos de renta destinados a las personas que participan en actividades de formación y complementos salariales temporales destinados a los trabajadores de al menos 50 años de edad que acepten reincorporarse al mercado de trabajo con un salario menos elevado»²³⁶. En todo caso, corresponde a cada Estado miembro la tarea de concretar en cada caso qué tipo de acciones pretende financiar con la ayuda solicitada, dado que en las respectivas solicitudes de intervención del «Fondo», entre otros datos, el Estado peticionario debía precisar cuáles son «las acciones específicas que van a financiarse y un desglose de sus costes estimados»²³⁷, así como «la fecha en la que el Estado miembro comenzó o tiene previsto comenzar a prestar servicios personalizados a los trabajadores afectados»²³⁸.

8. Asimismo, la Confederación Europea de Sindicatos da la bienvenida a un «Fondo» cuyas ayudas pueden ser disfrutadas por los trabajadores beneficiarios, en principio, en adición a las que les llegasen a tales trabajadores por otras vías alternativas, y por este motivo, la Confederación Europea de Sindicatos «subraya la necesidad de asegurar la coordinación entre los varios instrumentos existentes para incrementar la coherencia y la eficacia de las ayudas disponibles para los trabajadores»²³⁹. En relación con este tema, la exposición de motivos de la «Propuesta de Reglamento» aclara que «el nuevo Fondo complementa políticas e instrumentos financieros ya existentes»²⁴⁰, y además —tras hacer ver su intención de «evitar el solapamiento con acciones llevadas a cabo en el marco de otras políticas comunitarias, especialmente la políticas de cohesión ... excluyendo la doble financiación»²⁴¹—, recalca que su acción no puede tener como resultado en ningún caso el de «sustituir a las prestaciones por desempleo o prejubilación abonadas por los Estados miembros»²⁴². La «Propuesta de Reglamento» materializa todos estos objetivos sobre todo en su artículo 6 —bajo la rúbrica «Complementariedad, conformidad y coordinación»—, en el que se dispone fundamentalmente lo siguiente: 1) que «la ayuda del FEAG no sustituirá a las acciones que sean responsabilidad de las empresas en virtud de la legislación nacional o de convenios colectivos»²⁴³; 2) que «la ayuda del FEAG complementará las acciones llevadas a cabo por los Estados miembros a nivel nacional, regional y local»²⁴⁴; y 3) que «el Estado miembro velará por que las acciones específicas beneficiarias de una contribución del FEAG no reciban ayuda de otros instrumentos financieros comunitarios»²⁴⁵.

9. En fin, la Confederación Europea de Sindicatos «da la bienvenida al establecimiento de este instrumento, aunque considera que la Comisión Europea no otorga a los interlocutores sociales un papel suficiente»²⁴⁶, puesto que su intervención queda limitada a ser destinatarios de «no más que una simple información ... en relación con las medidas ligadas a la ejecución de este fondo»²⁴⁷. Ciertamente, a pesar de las declaraciones contenidas en la exposición de motivos de la «Propuesta

235 Apartado a).

236 Apartado b).

237 Artículo 5.2.d).

238 Artículo 5.2.e).

239 Párrafo quinto.

240 Apartado 1.4, párrafo tercero.

241 Apartado 1.4, párrafo cuarto.

242 *Ibidem*.

243 Apartado 1.

244 Apartado 2.

245 Apartado 5.

246 Párrafo tercero del citado comunicado en su sitio de Internet.

247 *Ibidem*.

de Reglamento» —apelando a que «la globalización ha sido un tema de diálogo permanente entre la Comisión y los interlocutores sociales»²⁴⁸, y a que se pretende «asegurar la plena participación de los interlocutores sociales»²⁴⁹, por cuanto «la participación de los interlocutores sociales a través del diálogo social autónomo refuerza la cooperación»²⁵⁰—, el articulado de la «Propuesta de Reglamento» contenía sólo dos peladas alusiones a la participación de los interlocutores sociales, relativas a que los Estados miembros —en sus solicitudes de intervención del «Fondo»— debían indicar «los procedimientos seguidos para la consulta de los interlocutores sociales»²⁵¹, y —en relación con la evaluación de las acciones subvencionadas por el «Fondo»— a que «los resultados de la evaluación se remitirán, a efectos de información, a la autoridad presupuestaria y a los interlocutores sociales»²⁵². Visto que los retos planteados por la globalización explican «la necesidad de un replanteamiento en clave social de muy diversas instituciones, como ... la actuación de los sindicatos allí donde se toman las decisiones que inciden luego sobre las condiciones reales de trabajo»²⁵³, también resultaría bienvenida una concepción más generosa de la «Propuesta de Reglamento» con la intervención efectiva de los interlocutores sociales en relación con la articulación del «Fondo», en especial atendiendo a las dramáticas dimensiones del asunto, que podría llegar a impactar —según el comunicado de la Confederación Europea de Sindicatos, citando fuentes de la Comisión Europea— en «aproximadamente de 35.000 a 50.000 trabajadores por año»²⁵⁴.

IV. LA LEY FEDERAL NORTEAMERICANA DE COMERCIO DE 2002, COMO FUENTE INSPIRADORA

10. Lógicamente, esta «Propuesta de Reglamento» siguió sus trámites procedimentales, previstos en el Derecho originario de la Unión Europea, hasta poder llegar a elaborarse, teniendo en cuenta que uno de estos trámites era el preceptivo dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea. En este dictamen, fechado en Bruselas el 13 septiembre 2006 y localizable en www.eesc.europa.eu, se afirma literalmente lo siguiente: «Hasta cierto punto, el programa de 1962 [sic; rectius, 2002] de la Trade Adjustment Assistance (“ayuda a los ajustes comerciales”) (TAA) de los EEUU ha servido de ejemplo. La TAA tenía por objeto corregir la asimetría entre las repercusiones negativas de la apertura de los mercados y la liberalización internacional de regiones o casos específicos e individuales y sus beneficios globales. No obstante, no es fácil comparar la TAA y el FEAG, debido a las diferencias culturales entre los EEUU y la UE y a los distintos criterios utilizados»²⁵⁵. Se trata de una afirmación de capital importancia doctrinal, puesto que reconoce que el Derecho laboral de la Unión Europea también tiene en cuenta, como eventual fuente inspiradora, la legislación federal (mercantil y laboral) norteamericana, del mismo modo que esta última tiene en cuenta, en ocasiones, las novedades laborales que van gestándose en el ordenamiento comunitario, constituyendo —en nuestra opinión— el ejemplo más señalado de esto último la Ley federal de Preaviso para el Reentrenamiento y a Adaptación del Trabajador (Worker Adjustment and Retraining Notification Act) de 1988, más conocida (por causa de su acrónimo) como Ley WARN²⁵⁶, cuya fuente inspiradora fue la Directiva 70/129/CEE, sobre despidos colectivos.

248 Apartado 2.1, párrafo segundo.

249 *Ibidem*.

250 Apartado 1.4, párrafo primero.

251 Cfr. artículo 5.2.f).

252 Cfr. artículo 17.2.

253 Cfr. J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 104.

254 Párrafo quinto.

255 Apartado 3.4.

256 Recopilada en las secciones 2101 y ss. del Título 29 del Código de los Estados Unidos. Sobre esta norma, véase W.Z. CARR JR, D.A. CATHCART y S.A. KRUSE, «United States of America», en *International Handbook on Contracts of Employment*, Kluwer Law International (La Haya, 2000), págs. 89 y ss.

11. Dentro de la citada Ley federal norteamericana de Comercio (Trade Act) de 2002²⁵⁷, lo más importante es la «División A» de su complejísimo contenido (rotulada «Apoyo a la Adaptación del Comercio [Trade Adjustment Assistance]»), promulgada para hacer frente a las consecuencias laborales negativas derivadas del fenómeno de la globalización de la economía, pero en los Estados Unidos. En efecto, esta Ley norteamericana —que entró en vigor el 1 octubre 2001 y cuya vigencia expiraba, en principio, el 30 septiembre 2007²⁵⁸— encaró el hecho de que «un número o porcentaje significativos de trabajadores... han sido total o parcialmente despedidos [totally or partially separated]»²⁵⁹, como consecuencia —entre otras— de que «las ventas o la producción, o ambas, de... [su] empresa... han disminuido gravemente... [y] se han incrementado las importaciones de artículos parecidos o directamente competitivos con artículos producidos por dicha empresa»²⁶⁰, o porque «ha habido una deslocalización de la producción [shift in production] de la empresa de dichos trabajadores... a un país extranjero», supuesto que este país «sea [como ocurre, por ejemplo, con México o Canadá] parte de un acuerdo de libre comercio con los Estados Unidos»²⁶¹. La tramitación de los diversos programas de apoyo regulados por esta Ley (también consistentes en «formación [training]», «subsídios de adaptación [adjustment allowances]», programas alternativos para trabajadores de «50 años de edad o más», etc., y que son financiados por la Administración laboral federal, aunque los gestionen las Administraciones laborales de los diversos Estados federados)²⁶² resultaba infinitamente menos burocrática que la tramitación de los programas cubiertos en Europa por el FEAG, puesto que en los Estados Unidos los solicitantes son los propios trabajadores beneficiarios de los programas, actuando directamente por sí mismos o, también, a través de sus empresarios o de sus representantes sindicales²⁶³.

12. En relación con la aplicación práctica de esta complejísima Ley norteamericana, resulta de extraordinaria utilidad el sitio en Internet de la «Administración de Empleo y Formación [Employment & Training Administration]» dependiente del Ministerio de Trabajo del Gobierno federal, puesto que permite acceder a una completísima información normativa, estadística y de todo tipo sobre los programas regulados por ella, vía www.doleta.gov/tradeact. De acuerdo con la información suministrada por este sitio, hay Estados federados norteamericanos —tema a tener muy en cuenta para el reparto de los fondos federales— donde no parece haber impactado la globalización (por ejemplo, Dakota del Norte, Delaware, Hawaii o Wyoming), sectores económicos donde el impacto negativo de la globalización es muy intenso (por ejemplo, fabricación de productos textiles y metálicos, de maquinaria industrial y de equipos electrónicos e informáticos) y segmentos del empleo, dentro de estos sectores, también más intensamente sacudidos por la globalización (en especial, personas de raza blanca y con al menos estudios secundarios). Toda esta información estadística acumulada en los Estados Unidos resulta de un valor incuestionable, no sólo por referirse a siete años de aplicación práctica de los programas ideados por la Administración federal norteamericana para atenuar el impacto laboral negativo de la globalización —frente a la nula experiencia práctica europea sobre el tema—, sino también por referirse a problemáticas laborales muy similares (competencia económica de países emergentes, «deslocalizaciones» de empresas hacia países vecinos como Canadá y sobre todo Méjico, impacto del tema sobre Tratados internacionales multilaterales estipulados por la potencia afectada, etc.).

257 Recopilada en el Subcapítulo II, del Capítulo 12 del Título 19 (rotulado «Deberes aduaneros [Customs Duties]») del Código de los Estados Unidos, secciones 2251 y ss.

258 Cfr. sección 111.

259 Cfr. sección 113(a)(1)(A)(a)(1).

260 Cfr. sección 113(a)(1)(A)(a)(2)(A).

261 Cfr. sección 113(a)(1)(A)(a)(2)(B).

262 Cfr. secciones 114 y ss.

263 Cfr. sección 112.

V. LA PROMULGACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 1927/2006 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2006, POR EL QUE SE CREA EL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN Y SUS IMPACTOS SOBRE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

13. Como era previsible, la «Propuesta de Reglamento» de que venimos tratando pasó a convertirse, prácticamente al pie de la letra en el vigente Reglamento (CE) núm. 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 diciembre 2006, por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización. Consta de un Preámbulo relativamente breve, dividido en doce considerandos, y de un total de veintiún artículos, el último de los cuales (rotulado «Entrada en vigor») afirma que «el presente Reglamento entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea»²⁶⁴ —cosa que sucedió el día 30 diciembre 2006²⁶⁵—, y además, que «será aplicable a partir del 1 de enero de 2007»²⁶⁶ (en consecuencia, con siete años de retraso frente a la reacción de la Administración federal norteamericana, de que antes hablamos). Dada la complejidad de su contenido, pensamos que el método más práctico de análisis del mismo tiene que referirse a su impacto sobre el ordenamiento jurídico interno español, y especialmente, sobre aquellas concretas parcelas del mismo en las que estamos universitariamente y profesionalmente focalizados, que son la del Derecho del Trabajo y la del Derecho de la Seguridad Social.

14. Sin duda, el artículo 2 del Reglamento resulta ser el precepto clave del mismo, puesto que acota (bajo el rótulo genérico «Criterios de intervención») los presupuestos que deben concurrir para que llegue a activarse el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización. Se trata de un precepto redactado con lenguaje comunitario tecnocrático, no necesariamente evidente para un laboralista español, cuyo entendimiento exige despejar con carácter previo el significado de las expresiones «nivel NUTS III», «nivel 2 de la NACE» y «nivel NUTS II», sucesivamente y expresa o implícitamente utilizadas en el tenor del mismo²⁶⁷. Al respecto, cabe concluir: 1) por aplicación del Reglamento (CEE) n° 3037/90 del Consejo, de 9 de octubre de 1990, relativo a la nomenclatura estadística de actividades económicas en la Comunidad Europea, que la expresión «nivel 2 de la NACE» se refiere a las actividades económicas «identificadas mediante un código alfabético de dos caracteres (divisiones)»²⁶⁸, precisamente en el Anexo único del propio Reglamento (sería el caso, por ejemplo, de las «industrias de productos alimenticios y bebidas», de la «industria textil» o de la «industria de la confección y de la peletería», todas relativas a actividades económicas aparentemente amenazadas de deslocalización en España); 2) por aplicación del Reglamento (CE) n° 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS), que la expresión «nivel NUTS II» alude —desde el punto de vista español— a cualquiera de nuestras diecisiete «Comunidades Autónomas», más las «Ciudades autónomas» de Ceuta y Melilla, mencionadas en el Anexo I del Reglamento en cuestión; y 3) por aplicación de este mismo Reglamento, que la expresión «nivel NUTS III» también alude —siempre desde el punto de vista español— a cualquiera de nuestras cincuenta «provincias», de nuevo más las «Ciudades autónomas» de Ceuta y Melilla, asimismo detalladas en el Anexo I del propio Reglamento.

264 Párrafo primero.

265 Cfr. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 406 de dicha fecha.

266 Párrafo segundo.

267 Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «El modelo alemán de gestión de las políticas de empleo», en el volumen *Estrategia europea, Estado autonómico y política de empleo. XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (Madrid, 2008), págs. 383 y ss.

268 Cfr. su artículo 2.1.

15. Esto despejado, el artículo 2 del Reglamento exige, para poder requerir la intervención del Fondo, que se produzcan —como consecuencia de la globalización de la economía²⁶⁹— supuestos dramáticos de despidos colectivos, tanto en empresas individualmente consideradas como en sectores económicos relativos a actividades económicas concretas. A las primeras alude el apartado a) del mismo, exigiendo que haya ocurrido «el despido, durante un período de cuatro meses, de al menos mil trabajadores de una empresa en un Estado miembro, incluidos los asalariados despedidos por los proveedores o los transformadores de productos de dicha empresa». A los segundos se refiere, por su parte, el apartado b) del propio precepto, presuponiendo ahora «el despido, durante un período de nueve meses, de al menos mil trabajadores, en particular de pequeñas o medianas empresas, en un sector del nivel 2 de la NACE, en una región o dos regiones contiguas en el nivel NUTS II».

16. Respecto de los despidos colectivos sectoriales, parece evidente que la conversión en norma jurídica de este artículo 2 del Reglamento implica, en España, la reactivación automática de la vigencia —en principio, sólo latente hasta ese momento— de la Ley 27/1984, de 26 de julio, de reconversión y reindustrialización, promulgada para hacer frente a despidos colectivos ocurridos en determinados sectores (siderurgia, construcción naval, minería, etc.), que por aquel entonces se encontraban en declive²⁷⁰. En efecto, en esta última norma española se afirma que «la vigencia de los Capítulos I a VIII de la presente Ley [por tanto, el grueso de su contenido, incluido el Capítulo VI, que es el que trata justamente de los despidos colectivos en sectores en declive] finalizará el 31 de diciembre de 1986», aunque luego se matizase —por la disposición adicional 42ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1987²⁷¹, con efectos de 1 de enero de 1987, para evitar toda solución de continuidad— que «siempre y cuando la Comunidad Económica Europea declare admisible el otorgamiento de ayudas compatibles con el Mercado Común para otras empresas, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos podrá [...] autorizar la aplicación a las mismas de las medidas contempladas en el apartado Uno»²⁷², relativo a la eventual prórroga de «la vigencia de los Capítulos III, IV y VI de la citada Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre Reconversión y Reindustrialización». No cabiendo poner en duda la plena compatibilidad entre este tipo de ayudas estatales españolas y las que eventualmente se soliciten por España del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, visto —siempre según el Reglamento— que el importe de las ayudas de dicho Fondo «no podrá superar el 50% del total de los costes estimados»²⁷³, que el Estado miembro de que se trate debe cuantificar cuando presente «a la Comisión una solicitud de contribución del FEAG»²⁷⁴.

17. Formalizando lo que ya anticipaba su Preámbulo, el artículo 3 del Reglamento (rotulado «Acciones subvencionables») reconduce estas últimas a una combinación de medidas activas y pasivas de política de empleo, destinadas a lograr «la reinserción laboral de los trabajadores que hayan perdido sus puestos de trabajo»²⁷⁵. Este precepto ejemplifica las primeras —que califica como «medidas activas del mercado de trabajo»—, indicando que entre ellas se cuentan, por ejemplo, la «asistencia en la búsqueda de un empleo, orientación profesional y reciclaje profesional a medida, incluidas las competencias en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación, certificación de la experiencia adquirida, ayuda a la recolocación y la promoción del espíritu empresarial o asistencia

269 El párrafo primero del precepto, en línea con lo previamente afirmado en el Preámbulo del Reglamento, se refiere literalmente a lo siguiente: «El FEAG concederá una contribución financiera cuando, como consecuencia de grandes cambios estructurales en los patrones de comercio mundial, se produzca una grave perturbación económica, en particular un incremento importante de las importaciones en la Unión Europea, una disminución acelerada de la cuota de mercado de la Unión Europea en un determinado sector o deslocalizaciones hacia terceros países».

270 Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 515.

271 Se trata de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre.

272 Cfr. su apartado 2.

273 Artículo 10.1, párrafo segundo.

274 Artículo 5.1.

275 Cfr. su párrafo primero.

con vistas al establecimiento por cuenta propia»²⁷⁶. Y entre las segundas —calificadas como «medidas especiales de duración limitada»—, las «asignaciones de búsqueda de empleo, asignaciones de movilidad o asignaciones destinadas a las personas que participan en el aprendizaje permanente y en actividades de formación»²⁷⁷.

18. Pues bien, centrándonos en las recién citadas medidas pasivas, resulta evidente —vistas las ejemplificaciones efectuadas por el artículo 3 del Reglamento— que cabe clasificar las mismas en dos grandes apartados genéricos. En primer lugar, el relativo a ayudas consistentes en complementos salariales en sentido estricto, cuyo presupuesto lógico es que el trabajador objeto de despido colectivo haya aceptado un empleo y, en consecuencia, haya dejado de tener la condición de parado receptor de prestaciones por desempleo a consecuencia de dicho despido colectivo. En segundo lugar —por contraposición a las anteriores—, las ayudas consistentes en percepciones económicas de naturaleza no salarial, a percibir por quien todavía continúa estando desempleado a consecuencia de un despido colectivo de los contemplados por el Fondo (lo evidencia, creemos que con toda rotundidad, la ejemplificación del artículo 3 del Reglamento, relativa a «asignaciones de búsqueda de empleo») y, en consecuencia, por quien todavía ostenta la condición de receptor de prestaciones por desempleo causadas tras haberse operado el despido colectivo en cuestión.

19. Resulta evidente, por tanto, el impacto directo de este último tipo de ayudas sobre la normativa española reguladora de las prestaciones por desempleo, actualmente contenida en el Título III del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. En efecto, esta última norma impone en la actualidad una incompatibilidad prácticamente absoluta entre las prestaciones (y subsidios) por desempleo y cualesquiera otras percepciones que tuviese derecho a cobrar el desempleado protegido por la Seguridad Social, sean o no percepciones salariales²⁷⁸. De ahí, a partir de 1 enero 2007, que haya habido que relativizar más dicha incompatibilidad casi absoluta, especialmente a los efectos de aplicación del régimen jurídico excepcional de la protección por desempleo en supuestos de reconversión y reindustrialización —por lo demás, muy primario—, que aparece contenido en las disposiciones extravagantes del propio Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social²⁷⁹.

VI. LOS CASOS RELATIVOS A LA APLICACIÓN, ESPECIALMENTE A ESPAÑA, DEL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN

20. Con la finalidad de contar con una herramienta informática similar a la existente en los Estados Unidos y anteriormente citada, este Reglamento (CE) núm. 1927/2006 dispuso que «la Comisión creará un sitio web en Internet, disponible en todas las lenguas comunitarias, para facilitar información sobre el FEAG, orientaciones para la presentación de solicitudes, así como información actualizada sobre las solicitudes admitidas y rechazadas, en la que se destacará el cometido de la Autoridad Presupuestaria»²⁸⁰. Por supuesto, la Comisión Europea cumplió con su deber, hallándose este sitio de Internet actualmente ubicado en <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=326&langId=es>. Se trata de un sitio utilísimo, por causa de toda la información oficial práctica que almacena, por causa de la posibilidad de navegar por el mismo en cualquiera de las lenguas oficiales de los Estados miembros, y sobre todo, por causa de la sorprendente sencillez de su manejo. Posee dos entradas principales, respectivamente relativas a «Presentación de solicitudes» y «Solicitudes recibidas». Lógicamente, la más interesante a nuestros concretos efectos es la segunda, cuya información preten-

276 Apartado a).

277 Apartado b).

278 Al respecto, véase el artículo 221 de dicho Texto Refundido.

279 En efecto, la disposición adicional 14ª del mismo se limita a indicar que «lo previsto en el apartado 1 del artículo 210, respecto a la duración de la prestación por desempleo, se entenderá sin perjuicio de lo establecido legalmente en materia de reconversión y reindustrialización». Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 171-172.

280 Artículo 9.2.

demos desagregar geográfica y funcionalmente, dando siempre cuenta primordial de toda esa información desagregada en lo que afecta directamente a España.

21. Desde el punto de vista geográfico, la información estadística contenida en este sitio de Internet pone de relieve, de un lado, que existen países de la Unión Europea que han solicitado la activación del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (por ejemplo, si se atiende al número de solicitudes presentadas, es el caso de España [nueve solicitudes], los Países Bajos [ocho solicitudes], Italia y Lituania [cinco solicitudes respectivamente]; Alemania, Austria, Irlanda y Portugal [tres solicitudes respectivamente]; Bélgica, Dinamarca, Francia y Polonia [dos solicitudes respectivamente])²⁸¹; y de otro lado, que hay Estados miembros aparentemente inmunes a las consecuencias laborales negativas derivadas del fenómeno de la globalización (es el caso, por ejemplo, de Rumanía, Chequia, Eslovaquia, Hungría, Letonia o Estonia). Y desde un punto de vista funcional, resulta que los sectores económicos sobre los que se proyectan las peticiones de ayudas, salvo en un caso con implicaciones muy localistas (nos referimos al sector de artes gráficas, respecto del que Holanda ha planteado siete de sus ocho solicitudes de activación del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización), son sectores amenazados de deslocalizaciones (externas o hacia Estados terceros, e internas o hacia otros Estados miembros), como en los casos claros del sector textil y del sector de la automoción²⁸². Si cruzamos ambos criterios, nos parece que cae por su propio peso la conclusión de que hay Estados miembros que padecen deslocalizaciones de empresas (España, Italia, Francia, Portugal, Alemania, etc.), las cuales se proyectan sobre Estados terceros (sobre todo en el sector de la industria textil) o hacia otros Estados miembros (Rumanía, Chequia, Eslovaquia, Hungría, etc.), ocurriendo esto último especialmente en el sector de la automoción.

22. En lo que específicamente se refiere a nuestro país, hasta el momento en que esto escribimos, las solicitudes ya resueltas han sido tres. En los tres casos, la resolución ha sido positiva, habiéndose publicado incluso la resolución de conclusión de los correspondientes expedientes administrativos en el Diario Oficial de la Unión Europea. Estas resoluciones son las siguientes: 1) la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 octubre 2008, relativa en parte —también se refiere a una solicitud presentada por una empresa textil lituana— a que «el 6 de febrero de 2008, España presentó una solicitud de movilización del Fondo en relación con despidos en el sector del automóvil, en particular para los trabajadores despedidos por Delphi Automotive Systems España, SLU. [radicada en la provincia de Cádiz]»²⁸³, teniendo en cuenta que «la solicitud cumple los requisitos para la determinación de las contribuciones financieras previstos en el artículo 10 del Reglamento (CE) n° 1927/2006»²⁸⁴, habiéndosele asignado a este expediente español la cantidad de «10 471 778 €»; 2) la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 mayo 2009, relativa a que «España presentó una solicitud de movilización del Fondo en relación con los despidos en el sector del automóvil el 29 de diciembre de 2008»²⁸⁵ —constando en el expediente administrativo que se refiere a 1.082 despidos por crisis en doce empresas de la industria de la automoción, radicadas en las Comunidades Autónomas de Castilla y León, y Aragón—, teniendo en cuenta que «esta solicitud cumple los requisitos para la determinación de las contribuciones financieras según lo establecido en el artículo 10 del Reglamento (CE) n° 1927/2006»²⁸⁶, y que «por lo tanto, la Comisión propone movilizar un importe de 2 649 300 EUR»²⁸⁷; y 3) la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 septiembre 2009, relativa de nuevo en parte —también se refiere a una solicitud presentada por el Estado portugués, en relación con el sector textil— a que «España presentó una solicitud de movilización del Fondo para

281 Véase la dirección del Fondo en Internet, a través de la entrada «solicitudes recibidas», utilizando el ítem «País» en la ficha de búsqueda.

282 Véase la dirección del Fondo en Internet, a través de la entrada «solicitudes recibidas», utilizando el ítem «Sector» en la ficha de búsqueda.

283 Considerando (3), inciso primero.

284 *Ibidem*, inciso segundo.

285 Considerando (2), inciso primero.

286 *Ibidem*, inciso segundo.

287 *Ibidem*, inciso tercero.

los despidos en el sector textil, el 29 de diciembre de 2008»²⁸⁸, teniendo en cuenta que «esta solicitud cumple los requisitos establecidos en el artículo 10 del Reglamento (CE) nº 1927/2006 para fijar el importe de las contribuciones financieras»²⁸⁹, y que «la Comisión propone, por consiguiente, la utilización de 3 306 750 EUR»²⁹⁰.

VII. EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 546/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 18 DE JUNIO DE 2009, QUE MODIFICA EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 1927/2006 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2006, POR EL QUE SE CREA EL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN

23. Lógicamente, entre la documentación oficial generada por la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1927/2006, posee un interés general de carácter alfa el informe que la Comisión tiene que presentar al Parlamento Europeo y al Consejo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16 del propio Reglamento, a cuyo tenor «a más tardar el 1 de julio de cada año, y por primera vez en 2008, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo, antes del 1 de julio de cada año, un informe cuantitativo y cualitativo sobre las actividades realizadas al amparo del presente Reglamento durante el año anterior»²⁹¹, teniendo en cuenta que «dicho informe se centrará principalmente en los resultados logrados por medio del FEAG y contendrá, en particular, información sobre las solicitudes presentadas, las decisiones de concesión adoptadas, las acciones financiadas, incluida su complementariedad con las acciones financiadas con cargo a los Fondos Estructurales, en particular con cargo al FSE, y la liquidación de la contribución financiera concedida»²⁹², y además, que «también deberá contener información sobre las solicitudes rechazadas por falta de créditos suficientes o por no ser elegibles»²⁹³. Con puntualidad típicamente europea, la Comisión presentó su primer informe con fecha 2 julio 2008, que formalmente hablando es el documento «COM(2008) 421 final»²⁹⁴. Sin duda, la parte más sustanciosa del mismo es la que lleva por título «Conclusión», relativa a las tres conclusiones siguientes: 1) «la comisión invita al Parlamento Europeo y al Consejo a tomar nota del impacto positivo del FEAG en su primer año de funcionamiento»²⁹⁵; 2) «la Comisión simplificará los procedimientos, fomentará el intercambio de buenas prácticas e intensificará las acciones de sensibilización con respecto al FEAG»²⁹⁶; y 3) «por otra parte, examinará la viabilidad de modificar el Reglamento y presentará las propuestas oportunas a este respecto antes de la publicación del próximo informe anual»²⁹⁷.

24. Esta última conclusión se materializó con la promulgación del Reglamento (CE) núm. 546/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 junio 2009, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 diciembre 2006, por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización. Se trata de una modificación muy pensada y, además, relativamente compleja, puesto que procede a realizar hasta nueve enmiendas en el Reglamento originario, de las cuales —casi a partes iguales— unas son de sustitución y las otras de inserción (o complemento). Lógicamente, tratándose de expedientes administrativos de mucha repercusión económica y jurídico-laboral, las disposiciones transitorias de este Reglamento modificador adquieren una gran relevancia. Sobre este tema, se afirma que «el presente Reglamento será aplicable

288 Considerando (3), inciso primero.

289 *Ibidem*, inciso segundo.

290 *Ibidem*, inciso tercero.

291 Inciso primero.

292 Inciso segundo.

293 Inciso tercero.

294 Titulado «Solidaridad frente al cambio: el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG) en 2007 – Análisis y perspectivas».

295 Inciso primero.

296 Inciso segundo.

297 Inciso tercero.

a todas las solicitudes de ayuda del FEAG recibidas a partir del 1 de mayo de 2009»²⁹⁸, teniendo en cuenta que «por lo que se refiere a las solicitudes recibidas antes de dicha fecha, las normas vigentes en la fecha de la solicitud seguirán siendo de aplicación mientras dure la ayuda del FEAG»²⁹⁹. Esto despejado, las líneas de tendencia a que se ajustan las nueve enmiendas operadas son las tres de que seguidamente tratamos.

25. La primera, que podría denominarse de reforzamiento estructural del Fondo, aparece expresamente aludida en el Preámbulo del Reglamento, indicando que en su primer informe anual al Parlamento Europeo y al Consejo, literalmente, «la Comisión concluía que sería pertinente reforzar el impacto del FEAG en la creación de empleo y las oportunidades de formación de los trabajadores europeos»³⁰⁰, obedeciendo a esta tendencia la modificación relativa a que «la asistencia técnica de la Comisión incluirá la facilitación de información y orientación a los Estados miembros en relación con la utilización, el seguimiento y la evaluación del FEAG»³⁰¹. La segunda, claramente relativa a la transparencia, también aparece expresamente aludida en el Preámbulo del Reglamento, allí donde afirma que «a fin de garantizar una aplicación transparente de los criterios de intervención, debe introducirse una definición del hecho que se considera despido»³⁰² —y además, «con el fin de dar más flexibilidad a los Estados miembros para que presenten solicitudes y de alcanzar mejor el objetivo de solidaridad, debe reducirse el número de despidos que permite recibir ayudas»³⁰³—, obedeciendo a ella la nueva redacción del fundamental artículo 2 del Reglamento de partida, sobre los «criterios de intervención»³⁰⁴. Y la tercera, que podría denominarse de reforzamiento coyuntural, motivada por la crisis económica financiera e inmobiliaria que todavía padecemos, aludida en el Preámbulo de la norma, allí donde afirma que «como parte de su respuesta a la crisis, deben revisarse las normas que rigen el FEAG para establecer una excepción con el fin de ampliar temporalmente el ámbito de aplicación del FEAG y permitir que reaccione más eficazmente»³⁰⁵, a cuyo efecto —continúa— «los Estados miembros que soliciten una contribución del FEAG en virtud de esta excepción deben establecer un vínculo directo y demostrable entre los despidos y la crisis financiera y económica»³⁰⁶, provocando que se haya adicionado al Reglamento de partida el nuevo artículo 1.bis³⁰⁷.

VIII. CONCLUSIONES

Primera.— La globalización de la economía por causa de la liberalización del comercio mundial, especialmente intensa a partir de 1 enero 1995, ha dado lugar al surgimiento de dos modelos principales distintos de reacción frente a ella, concebidos con la finalidad de atenuar las consecuencias laborales dañosas que el fenómeno globalizador provoca.

Segunda.— El primero de dichos modelos, también desde un punto de vista cronológico, es el modelo norteamericano. Se encuentra regulado en las secciones 2251 y ss. del Subcapítulo II del Capítulo 12 del Título 19 (rotulado «Deberes aduaneros [Customs duties]») del Código de los Estados Unidos, que entraron en vigor el 1 octubre 2001. Su finalidad es hacer frente a despidos masivos provocados por la disminución grave de las ventas o la producción de las empresas o, también, por las deslocalizaciones de la producción a países vecinos de los Estados Unidos, fundamentalmente Méjico y Canadá.

298 Artículo 2, inciso primero.

299 *Ibidem*, inciso segundo.

300 Considerando (2), inciso segundo.

301 Cfr. artículo 1, apartado 5), del Reglamento modificador, en relación con el artículo 8 del Reglamento de partida.

302 Considerando (5), inciso primero.

303 *Ibidem*, inciso segundo.

304 Cfr. artículo 1, apartado 2), del Reglamento modificador.

305 Considerando (4), inciso segundo.

306 *Ibidem*, inciso tercero.

307 Cfr. artículo 1, apartado 1), del Reglamento modificador.

Tercera.— De acuerdo con la información acumulada por el Ministerio de Trabajo del Gobierno de los Estados Unidos, tras siete años de experiencia en la aplicación de las secciones recién citadas, resulta que hay Estados federados norteamericanos —tema a tener muy en cuenta para el reparto de los fondos federales— donde no parece haber impactado la globalización (por ejemplo, Dakota del Norte, Delaware, Hawaii o Wyoming), sectores económicos donde el impacto negativo de la globalización es muy intenso (por ejemplo, fabricación de productos textiles y metálicos, de maquinaria industrial y de equipos electrónicos e informáticos) y segmentos del empleo, dentro de estos sectores, también más intensamente sacudidos por la globalización (en especial, personas de raza blanca y con al menos estudios secundarios).

Cuarta.— El segundo modelo principal, también por causa de su formalización jurídica en el tiempo, es el modelo de la Unión Europea. Se encuentra formalizado en el Reglamento (CE) núm. 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 diciembre 2006, por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización.

Quinta.— La ideación de este modelo europeo se debe a la iniciativa del entonces premier británico Tony Blair, habiendo sido adoptada en el Consejo europeo de diciembre de 2005, celebrado en Hampton Court, no pareciéndonos pura coincidencia este hecho, dada la evidente conexión entre británicos y yanquis, mantenida y reforzada con una constancia que no deja de sorprendernos a los europeos del continente, desde que finalizó la Segunda Guerra Mundial.

Sexta.— La fuente inspiradora de este modelo europeo ha sido el modelo norteamericano, reconociéndolo así expresamente el dictamen del Consejo Económico y Social de la Unión Europea, fechado en Bruselas el 13 septiembre 2006, cuya emisión precedió a la promulgación del Reglamento regulador del modelo europeo.

Séptima.— Los modelos norteamericano y europeo presentan similitudes importantes, pero también diferencias notables. Desde el punto de vista de la tramitación de las ayudas públicas previstas, el modelo norteamericano es mucho menos burocrático que el modelo europeo. Ello se debe, en nuestra opinión, al hecho de que en el modelo norteamericano los instantes son particulares (por ejemplo, trabajadores, empresarios o sindicatos), mientras que en el modelo europeo los instantes son necesariamente los Estados miembros.

Octava.— La información acumulada por la Comisión Europea, tras los tres primeros años de funcionamiento del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, si analizada desde un punto de vista geográfico, pone de relieve, de un lado, que existen países de la Unión Europea que han solicitado la activación del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (por ejemplo, si se atiende al número de solicitudes presentadas, es el caso de España [nueve solicitudes], los Países Bajos [ocho solicitudes], Italia y Lituania [cinco solicitudes respectivamente]; Alemania, Austria, Irlanda y Portugal [tres solicitudes respectivamente]; Bélgica, Dinamarca, Francia y Polonia [dos solicitudes respectivamente]); y de otro lado, que hay Estados miembros aparentemente inmunes a las consecuencias laborales negativas derivadas del fenómeno de la globalización (es el caso, por ejemplo, de Rumanía, Chequia, Eslovaquia, Hungría, Letonia o Estonia).

Novena.— Si se analiza esta misma información, pero ahora desde un punto de vista funcional, resulta que los sectores económicos sobre los que se proyectan las peticiones de ayudas, salvo en un caso con implicaciones muy localistas (nos referimos al sector de artes gráficas, respecto del que Holanda ha planteado siete de sus ocho solicitudes de activación del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización), son sectores amenazados de deslocalizaciones (externas o hacia Estados terceros, e internas o hacia otros Estados miembros), como en los casos claros del sector textil y del sector de la automoción.

Décima.— Si cruzamos ambos criterios, nos parece que cae por su propio peso la conclusión de que hay Estados miembros que padecen deslocalizaciones de empresas (España, Italia, Francia, Portugal, Alemania, etc.), las cuales se proyectan sobre Estados terceros (sobre todo en el sector de

la industria textil) o hacia otros Estados miembros (Rumanía, Chequia, Eslovaquia, Hungría, etc.), ocurriendo esto último especialmente en el sector de la automoción.

Undécima.— En lo que se refiere específicamente a nuestro país, hasta el momento en que esto escribimos, las solicitudes ya resueltas han sido tres, teniendo en cuenta que en los tres casos la resolución ha sido positiva (se ha publicado la resolución de conclusión de los correspondientes expedientes administrativos en el Diario Oficial de la Unión Europea).

Duodécima.— Desde una perspectiva general, consideramos que el documento oficial más importante generado por la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1927/2006, es el primer informe elaborado por la Comisión Europea sobre la aplicación de dicho Reglamento, fechado en Bruselas el 2 julio 2008.

Decimotercera.— La consecuencia más importante producida por este informe es la promulgación del Reglamento (CE) núm. 546/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 junio 2009, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 diciembre 2006, por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, que obedece a tres ideas fuerza.

Decimocuarta.— Dos de estas ideas fuerza tienen carácter estructural, refiriéndose respectivamente al reforzamiento estructural del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización y al reforzamiento de la transparencia en la tramitación y resolución de los complejíssimos expedientes administrativos relativos al mismo.

Decimoquinta.— La tercera idea fuerza, que podría denominarse de reforzamiento coyuntural, pretende hacer frente a la crisis económica financiera e inmobiliaria que todavía padecemos. Se encuentra aludida en el Preámbulo de la norma, allí donde afirma que «como parte de su respuesta a la crisis, deben revisarse las normas que rigen el FEAG para establecer una excepción con el fin de ampliar temporalmente el ámbito de aplicación del FEAG y permitir que reaccione más eficazmente», a cuyo efecto —continúa— «los Estados miembros que soliciten una contribución del FEAG en virtud de esta excepción deben establecer un vínculo directo y demostrable entre los despidos y la crisis financiera y económica». Ha provocado que se haya adicionado al Reglamento de partida su nuevo artículo 1.bis.

IX. SITIOS DE INTERNET MANEJADOS Y CITADOS

- <http://europa.eu/eur-lex>: I.2.
- www.etuc.org: III.5.
- www.eesc.europa.eu: IV.10.
- www.doleta.gov/tradeact: IV.12.
- <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=326&langId=es>: VI.20.

EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA*

Santiago Nogueira Gandásegui

Doctor en derecho. Abogado

Profesor Asociado de Derecho Procesal.
Universidad de Santiago de Compostela

I.-LAS BASES DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

1.– La Jurisdicción.

La Administración de Justicia es una manifestación de la soberanía de un Estado, aunque, realmente, la existencia de la función de juzgar a los semejantes es anterior a éste³⁰⁸.

La norma jurídica se diferencia de cualquier otra norma en que puede ser impuesta coactivamente. La Ley contiene un mandato preexistente y el Juez dicta un mandato concreto³⁰⁹, que es el que puede ser impuesto coactivamente, como dice SATTÀ: Questo potere giurisdizionale si identifica in realtà con la funzione, e non può essere altrimenti definito che come il potere di dichiarare e realizzare (coactivamente) il diritto nel caso concreto³¹⁰.

Lo que nos interesa ahora de las múltiples facetas de la jurisdicción es su cualidad de **Poder**. Obviamente, este poder no puede sino emanar del Estado, como legítimo depositario de la violencia coactiva con que se imponen los mandatos judiciales y que se refleja con todo su dramatismo y plasticidad en el ejercicio de la jurisdicción criminal.

2.– El ámbito geográfico del ejercicio de la Jurisdicción.

Siguiendo a QUINTANO RIPOLLES, autor de una importante obra en dos volúmenes sobre Derecho penal internacional, el principio de la competencia territorial, en que la norma penal se ejerce jurisdiccionalmente en el espacio geográfico sometido a la soberanía de un estado, es consecuencia de la propia noción de soberanía, junto con otras nociones de carácter criminológico, como son la mayor proximidad del Juez al hecho y su mejor comprensión de las circunstancias sociológicas de los

308 SERRA DOMINGUEZ, M. *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 50

309 CARNELUTI, F. *Derecho Procesal Civil y penal*, traducción de Santiago Sentís Meledo, T. I Buenos Aires, 1971, p. 23

310 SATTÀ, S, *Diritto procesuale civile* dodicesima edizione a cura di Carmine Punzi, Padova, 1996, p. 197

sujetos que intervienen, siendo este principio de territorialidad el que ostenta la primacía³¹¹ a la hora de vincular la potestad de juzgar a un territorio.

Este principio acuñado por la doctrina anglosajona, fue adoptado por los constituyentes norteamericanos y franceses, que también se plasmaron en importantes leyes como el art. 3º del Código de Napoleón: *Les lois de police et de sureté obligent Tous deux que habitent le territoire*³¹².

Es obvio que este principio impide el enjuiciamiento de conductas que queden fuera del territorio del Estado

El principio de territorialidad, como hemos dicho, ha gozado en el pasado y mantiene en la actualidad su primacía, en el ámbito criminal con otros dos principios, que son:

Principio de personalidad o nacionalidad, según el cual cada ciudadano se halla siempre sometido a la Jurisdicción de su país, que en España tiene los siguientes requisitos: 1) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución; 2) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles y 3) que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero y, en caso de haber sido condenado, que no hay cumplido la pena.

Principio real o de protección, que puede aplicarse, independientemente de la nacionalidad del delincuente cuando se trate de algunos de los delitos que se citan a título de ejemplo: Traición, delitos contra la paz o independencia del Estado, delitos contra el Titular de la Corona o su consorte, su sucesor o regente, falsificación de la firma o estampilla de los Ministros y sellos públicos, falsificación de moneda española., etc.

Como vemos, en estos casos, se trata de que el Estado pretende defenderse contra hechos que pueden afectarle directamente en sus intereses más importantes.

3.- El principio de justicia universal.

Finalmente, que es en este caso el principio que más nos interesa, está el **Principio de justicia Universal**. Según este principio, el Estado español puede perseguir los hechos cometidos contra españoles y extranjeros fuera del territorio nacional cuando puedan tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos: genocidio, terrorismo, piratería, apoderamiento ilícito de aeronaves, tráfico de drogas y cualquier otro que, según los tratados internacionales, deba ser perseguido en España.³¹³

Expuesto lo anterior, podemos concluir que, como regla general, rige el principio de territorialidad, pero no de modo absoluto, de manera que, en determinadas condiciones, la jurisdicción del Estado puede traspasar sus propias fronteras y ejercer su poder sobre personas situadas fuera del ámbito territorial del Estado correspondiente.

Hemos establecido pues, que el ejercicio de la Jurisdicción es la actuación de un poder del Estado, por lo que su ejercicio será difícil, aunque no imposible, fuera de sus fronteras, porque necesitará la colaboración de otros Estados y, como bien sabemos, éstos son muy celosos en orden a todo

311 QUINTANO RIPOLLES, A. *Tratado de Derecho Penal intranacional e internacional penal*, T. II, Madrid, 1957, p. 29.

312 QUINTANO, cit., p. 34. También la redacción original del Título Preliminar del Código Civil español de 1889 recogía en idénticos términos este principio: *Art. 8º. Las leyes Penales, las de Policía y las de Seguridad pública obligan a todos los que habitan el territorio español*. Como puede verse, el citado precepto en su redacción originaria es una simple transcripción del citado artículo del Código de Napoleón, sin que el Legislador de 1889, a pesar de haber pasado por dos proyectos precedentes, de 1851 y de 1882. Vid.Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios al Código Civil*, 2ª Ed., Tomo I, Madrid, 1890, p. 169, precepto que, sin variación ha permanecido vigente hasta la actualidad

313 OLIVA SANTOS, A. de la y otros, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1997, pp. 83 y s.

aquello que suponga la ingerencia de otro estado en su esfera de poder, sobre todo en materia de justicia penal³¹⁴.

Por otra parte, la represión de los delitos está íntimamente ligada al principio de legalidad, *nullum crimen sine lege*, que dificulta el ejercicio de la acción penal, hasta el punto de que la inexistencia de una legislación previa fue uno de las principales críticas que se efectuó a los juicios de Nüremberg, toda vez que faltaba una regulación legal previa, así, QUINTANO RIPOLLES³¹⁵ afirma: En ausencia de un ordenamiento incriminador de la delincuencia de guerra, tanto en lo material, como en lo procesal y lo orgánico, los legisladores de las potencias aliadas debieron improvisarlo todo para satisfacer los anhelos de justicia que el sentimiento universal reclamaba ante la realidad de los crímenes inauditos perpetrados tras la II Guerra Mundial.

No podemos extendernos aquí sobre esta interesantísima cuestión, pero, como respuesta al problema, entendemos que la jurisprudencia del BGH da una solución adecuada al asunto al decir: Existe un núcleo de Derecho que según la conciencia jurídica general no puede ser vulnerado por ninguna ley ni por ninguna otra medida emanada del poder público (BGH, 2, 234 (237)). Este núcleo es inviolable y está sustraído al ejercicio del poder estatal para proteger la dignidad humana. Según esto, un hecho grave y materialmente antijurídico no puede ser permitido ni exigido (por ejemplo, la delincuencia violenta nacionalsocialista anterior a 1945)...³¹⁶

De esta manera, creo que con un razonamiento absolutamente irreprochable, podemos justificar la actuación de unos Tribunales de carácter internacional que pueden enjuiciar conductas tan execrables como son los crímenes contra la humanidad

II.- EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL DE LA JUSTICIA UNIVERSAL.

En el ordenamiento jurídico español regula la competencia de los Tribunales en la Ley Orgánica del Poder Judicial, LO 6/1985, de 1 de julio.

Las competencias del Orden jurisdiccional penal en el artículo 23; dicho artículo atribuye a la Jurisdicción española la represión de hechos cometidos en el extranjero, con independencia de la nacionalidad del autor, en dos grupos de casos. En el primero, comprendido en el número 3. de dicho artículo, se trata de delitos a los que ya hemos aludido, que afectan a la seguridad e independencia del Estado, como, por ejemplo, delitos contra el titular de la Corona o su cónyuge o sucesor, traición, sedición, falsificaciones de sellos oficiales del Estado, atentados contra funcionarios públicos españoles, etc. Obviamente, la justificación de la extensión de la Jurisdicción española a estos casos viene dada por en interés del Estado de protegerse ante determinadas amenazas que puedan producirse desde el exterior contra intereses nacionales.

Lo que e nosotros nos interesa ahora es el número 4 del citado artículo 23 LOPJ, que, literalmente, dice:

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio
- b) Terrorismo.

314 Pensemos, por ejemplo, que, a pesar de existir en el ámbito de la Unión Europea una moneda única y una serie de aspectos de organización política que aproximan a una estructura organizativa tendente a la federación, la persecución de los delitos transfronterizos dentro de la propia Unión solo ha avanzado tímidamente en aspectos como la orden europea de detención.

315 QUINTANO, II, cit., p. 110

316 Vid. JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. T. I. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 16

- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Como puede observarse, la redacción del artículo 23.4 LOPJ otorga a la jurisdicción española una extensión desmesurada³¹⁷. Tal y como está redactado el precepto legal transcrito, la Jurisdicción española podría perseguir cualquiera de los delitos enumerados en él sin limitación alguna, lo que, a todas luces resulta excesivo, por lo que la Jurisprudencia hubo de matizar el alcance de la norma que hemos transcrito, para fijar unos ámbitos más razonables, teniendo en cuenta que

En el ámbito del funcionamiento de los tribunales españoles, este artículo no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como algunos de los delitos a los que se refiere (el art. 23 LOPJ), cualquiera que fuere el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor o víctima. Y en nuestro derecho penal y procesal penal no está establecido el principio de oportunidad, ni viene incorporado por los tratados suscritos en la materia. Desde otra perspectiva, de mayor amplitud, se debe analizar, especialmente, si el principio de jurisdicción universal puede ser aplicado sin tener en cuenta otros principios del derecho internacional público. Como principio, y con carácter general, la previsión de la ley española ha de hacerse compatible con las exigencias derivadas del orden público internacional tal como es entendido por los estados. La jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que sus límites iniciales son coincidentes con los que corresponden a aquella, que en muchos aspectos viene delimitada por la de otros estados... hoy tiene importante apoyo en la doctrina la idea de que no corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al derecho penal, contra todos y en todo el mundo, sino más bien, hace falta una conexión que legitime la extensión territorial de la jurisdicción. (STS Sala de lo Penal de 25.02.2003)

Como puede verse, el Tribunal Supremo interpreta de manera restrictiva el contenido del artículo 23.4 de la LOPJ, ya que exige la presencia de una conexión con el Estado cuya jurisdicción pretende enjuiciar un hecho ocurrido fuera de sus fronteras, lo que supone que hayan acontecido dentro de las fronteras de otro Estado.

Puede argumentarse que el Tribunal Supremo, al aplicar la LOPJ de manera tan restrictiva contradice el mandato legal, objeción que puede responderse, sin mayor dificultad si tenemos en cuenta dos datos:

El primero, que, como hemos visto, el Tribunal Supremo, con toda corrección, interpreta el artículo 23.4 tantas veces citado en relación con los Tratados internacionales suscritos por España, los cuales, obviamente, son fuente del Derecho interno, pues, como dicen los anglosajones, *International Law is a part of the law of the Land*. Un precepto legal no puede ser interpretado aisladamente, sino que el Derecho es un conjunto, un sistema³¹⁸.

Por lo tanto, como conclusión a este apartado podemos decir que, pese al texto literal del artículo 23. LOPJ, la jurisprudencia española exige, para la aplicación del principio de justicia universal, que exista algún tipo de conexión entre el delito y el Estado español que justifique la actuación de una manifestación de la soberanía, como es la Jurisdicción fuera de las propias fronteras.

317 GARCIA, S. y CHOCLAN MONTALVO, J. A. *Comentario al artículo 23 en Ley Orgánica del Poder Judicial de la Editorial Colex*, Madrid, 204, p. 115

318 FRIEDMANN, L. W. *Introducción al derecho norteamericano*, trad. de Joan Verger Grau, Barcelona, 1988, p. 5

No obstante, el Tribunal Constitucional, en resoluciones que más adelante comentaremos, ha eliminado estas limitaciones que el Tribunal Supremo entendía que eran razonables en la interpretación del artículo 24.4 LOPJ, para devolver toda su extensión al mencionado precepto, con las consecuencias que más adelante nos proponemos explicar.

Examinaremos a continuación cómo los Tribunales españoles llevan a la práctica los anteriores postulados. Para quien no está familiarizado con la organización judicial española, simplemente daremos una breve nota informativa.

Los delitos de los que aquí tratamos son competencia de la Audiencia Nacional. La Audiencia Nacional forma parte de la Jurisdicción ordinaria y se organiza de un modo similar a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas³¹⁹, en salas de lo penal, contencioso-administrativo y social. En el orden penal, además de Juzgados centrales de lo penal, de menores y de vigilancia penitenciaria, tiene Juzgados de instrucción, que se ocupan de la investigación criminal en las materias de su competencia, y la Sala de lo penal, que puede funcionar en pleno o por secciones, que se encargan de conocer de las apelaciones contra las resoluciones de los jueces de instrucción y del conocimiento y fallo en instancia única de las causas instruidas por los Juzgados centrales de Instrucción; las sentencias de la Sala de lo penal de la AN, como las de cualquier Audiencia española, dictadas en instancia única, pueden ser recurridas en casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

La Audiencia Nacional, en cuanto al procedimiento penal, tiene un funcionamiento que en andalucía difiere de una Audiencia Provincial cualquiera, solo que, al contrario que éstas, que ejercen su jurisdicción en el ámbito territorial de una Provincia, la AN extiende su competencia a todo el territorio nacional para determinados delitos y también Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados internacionales corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles.

III.– ALGUNOS CASOS RELEVANTES

Para ilustrar cuanto hemos dicho anteriormente, nos ha parecido oportuno exponer sucintamente cuatro casos que han tenido especial repercusión internacional y que han puesto a la justicia española en los medios de comunicación de todos los países.

Los dos primeros casos se refieren a las dictaduras militares que en los años 70 y parte de los 80 del pasado siglo dominaron el Cono Sur de América, donde españoles e italianos, más en Argentina que en Chile, pero en gran número en ambos casos, tenemos relaciones de parentesco –hay un dicho argentino que dice que un argentino es un italiano que habla español– y también a los españoles, genéricamente, se les llama gallegos por la cantidad enorme de paisanos de mi tierra que allí emigraron y se asentaron.

Los otros dos casos se refieren a episodios bien distintos. Uno de ellos, es el caso Guatemala, ya parcialmente estudiado con la sentencia de 25.02.03, que, en principio, declaró la incompetencia de la jurisdicción española, como acabamos de ver, mas, acontecimientos posteriores y nuevas situaciones jurídicamente relevantes, condujeron a la admisión de la competencia jurisdiccional por los Tribunales españoles.

El último caso, el de Tibet, es el más curioso, toda vez que la jurisdicción española se declaró competente dirigiendo una acción penal, nada más y nada menos que contra miembros del gobierno de uno de los Cinco Grandes, pero que, si bien, en los casos argentinos y chilenos no sería difícil

319 Obviamente, también son muchas las diferencias, ya que, por ejemplo, la AN carece de competencias en materias de Derecho privado. A los efectos que aquí nos interesa, únicamente queremos dejar constancia de que no se trata de ninguna Jurisdicción espacial, como, por ejemplo la Jurisdicción militar, sino que es una parte más de la organización de los Tribunales españoles, regulada, como toda la Jurisdicción ordinaria en la LOPJ en el Título IV, Capítulo II, artículos 62 a 69.

encontrar víctimas españolas –o italianas– o hijos de nacionales de nuestros dos países, mucho más complicado será encontrar la conexión con un país tan lejano y cerrado como el Tibet, por muy excecables que sean los crímenes que allí se hayan cometido.

A) El caso Pinochet

Como es bien sabido, el año 1973, el ejército chileno dio un golpe de estado contra el presidente constitucional de aquella república, Salvador Allende, instaurándose una dictadura militar encabezada por el General Augusto Pinochet Ugarte, que, más tarde, se convertiría en Presidente de la República.

También es sabido que el régimen militar dictatorial desencadenó una durísima represión contra los opositores al régimen, persiguiéndolos con toda suerte de medios ilegales, como las desapariciones de personas y torturas y detenciones y privaciones de libertad sin juicio ni control judicial alguno.

Restaurado el régimen democrático, el General Augusto Pinochet se retiró de la Presidencia de la República, aunque conservó el cargo de senador vitalicio, medio eficaz de evitar a la justicia de su país, dada su condición de aforado.

El caso adquiere relevancia mundial cuando el Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional española acuerda el procesamiento de Don Augusto Pinochet Ugarte. En su fundamentación, el Juez instructor enumera una larga lista de personas secuestradas y desaparecidas no solo en el territorio de Chile, sino también en la República Argentina como consecuencia de un plan coordinado por las dictaduras chilena y argentina denominado Operación Cóndor, para coordinar las actividades represoras de ambos regímenes dictatoriales. En este contexto, el Auto de procesamiento, imputa al General Pinochet la desaparición de las personas que se citan en el Auto de 18 de octubre de 1998³²⁰.

Los avatares de este caso, tuvieron una gran repercusión mundial, porque el 16 de octubre de 1998, el General Pinochet era detenido por Scotland Yard como consecuencia de una orden internacional de busca y captura emitida por el Juzgado de Instrucción número 6 de la AN española. El general, ya había abandonado la Presidencia de la República de Chile y se había trasladado a Londres para una intervención quirúrgica.

El primer debate sobre la competencia de los Tribunales españoles para examinar su propia competencia se suscitó cuando el Ministerio Fiscal apeló la decisión del Juez de Instrucción de admitir a trámite la querrela presentada por familiares de las víctimas y otras asociaciones, admitiendo, por tanto, la competencia de la Jurisdicción española. La cuestión la decidió, por unanimidad, el Pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, en Auto de Fecha 5 de noviembre de 1998, en cuya fundamentación se remite al de la víspera, en todo coincidente con éste, referido al enjuiciamiento de militares acusados de la represión Argentina.

La importancia de estos dos Autos, de 4 y 5 de noviembre, es que admiten la competencia de la Jurisdicción española para enjuiciamiento de estos crímenes contra la humanidad, en síntesis, en base a tres premisas:

- a) Los delitos no fueron juzgados en el país en el que se cometieron.
- b) Respecto de aquellos delitos en que las víctimas son españolas, existe una conexión que confiere la competencia de los Tribunales españoles.
- c) Respecto a los casos en que se trata de nacionales de Chile o de terceros países, se trata de crímenes contra la Humanidad sometidos a la Jurisdicción Universal.

320 Más adelante, el procesamiento sería ampliado por la desaparición de otras 64 personas, si bien, a los efectos de este trabajo, ya no es preciso entrar en su contenido. El Auto es de 1 de mayo de 1999.

El Gobierno español, a petición de la Audiencia Nacional, solicitó del Reino Unido la extradición del detenido. El asunto fue examinado por la Cámara de los Lores, en apelación, que finalmente autorizó la extradición a España del General. En importante señalar que en el debate ante la Cámara de los Lores, uno de los puntos que se trató fue la conexión con España de parte de los cargos que se imputaban al General Pinochet, por tratarse de desaparecidos de nacionalidad española, sin embargo, otros cargos, por los que también se solicitaba la extradición, carecían de aquella conexión.

En debate tuvo lugar el 24 de marzo de 1999. La lectura de todas y cada una de las opiniones de los Lores resulta del mayor interés por el detenido análisis de las cuestiones que allí se realiza³²¹. Los Lores concluyen que España puede perseguir los delitos imputados por tratarse de crímenes contra la humanidad y que, ante la falta de persecución de los mismos en el país en que se cometieron, rige el principio de justicia universal, por lo que los Tribunales españoles son competentes para enjuiciarlos.

Finalmente, como sabemos, la extradición no llegó a producirse al autorizar el gobierno británico el traslado del general Pinochet a Santiago de Chile, por razones humanitarias, dada su avanzada edad y precario estado de salud.

Los avatares procesales posteriores habidos en Chile y que determinaron una larga y no menos interesante y larga contienda judicial, ya no son del ámbito competencial de este trabajo.

B) El Caso Scilingo

Adolfo Scilingo era un capitán de corbeta de la Armada argentina que se distinguió en la práctica de torturas, secuestro y desaparición de personas en el contexto de la represión política llevada a cabo por la dictadura militar argentina en los años 1876 y 1983. El hecho más atroz cometido por este acusado fue el asesinato de unos treinta opositores al régimen mediante los llamados vuelos de la muerte, en los que presos políticos detenidos en la Escuela Mecánica de la Armada eran montados en aviones militares, drogados y arrojados al mar en el Estuario de Mar del Plata.

Adolfo Scilingo compareció voluntariamente en 1977 ante el Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional y, según sus propias manifestaciones, confesó lo ocurrido, porque se encontraba arrepentido. Más adelante, en las sesiones del juicio oral, el excapitán de corbeta se retractó de aquellas manifestaciones, a las que el Tribunal otorgó valor probatorio, a pesar de haberse realizado en la fase de instrucción y no haber sido ratificadas en el juicio oral, porque, a juicio de la sala sentenciadora, fueron hechas libre y espontáneamente, sin que se produjese indefensión, ya que fue él mismo quien de manera voluntaria las hizo con todas las garantías³²².

Prescindiremos de ciertos pormenores del caso que revelan la verdadera perversión a la que se había llegado –uno de los prisioneros fue obligado a bailar música brasileña antes de ser embarcado en el avión– para centrarnos en las razones que llevaron a la justicia española a declararse competente para el enjuiciamiento de hechos que habían ocurrido en territorio de la República Argentina.

En síntesis, la Audiencia Nacional aceptó la competencia de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas³²³. El Tribunal Supremo confirmó en este punto la sentencia³²⁴ en base a los siguientes argumentos:

321 El texto íntegro de las resoluciones judiciales, tanto británicas como españolas, puede consultarse en la excelente recopilación realizada por Angel Conca y disponible en Internet en la siguiente dirección: <http://www.ua.es/up/pinochet/>

322 Para una isión de las garantías procesales en el proceso penal español, puede verse VERGER GRAU, J. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994.

323 Un completo estudio de esta sentencia puede verse en GIL GIL, A. *La sentencia de la Audiencia nacional en el caso Scilingo*, en “Revista electrónica de Derecho penal y Criminología” (2005).

324 No la confirmó totalmente en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, puesto que elevó la pena impuesta por la AN.

1.– Ningún Estado tiene la obligación de arrogarse unilateralmente del restablecimiento del orden, sino que es necesario un punto de conexión, tal como se estableció en la sentencia de Guatemala, ya aludida.

2.– Todas as partes contratantes del Convenio contra el genocidio pueden recurrir a Naciones Unidas para que éstas tomen las medidas oportunas, como en los casos de la exYugoslavia y Ruanda.

3.– En principio, un Estado no debe ingerirse en los asuntos de otro, pero existe también la necesidad de que, sin contravenir los principios del Derecho internacional, estos crímenes no queden impunes. El criterio del Tribunal Supremo ya expresado en el caso Guatemala es la exigencia de una necesidad de conexión, pero en este caso existe, porque en los convenios y tratados, precisamente, uno de los puntos de conexión es la presencia del culpable en el territorio del país cuya jurisdicción ejerce³²⁵.

4.– Los delitos de que se acusaba a Scilingo no habían sido juzgados en Argentina.

Así pues, vemos que el Tribunal Supremo mantiene los criterios sentados en el caso de Guatemala, en el sentido de que la una correcta interpretación del artículo 23.4 LOPJ exige la existencia de conexión entre el delito y el Estado español, por lo que resultó competente, ya que había víctimas españolas y el culpable se hallaba en España.

Adolfo Scilingo fue condenado a una pena superior a los seiscientos cuarenta años de cárcel, que el Tribunal Supremo, estimando los recursos de la acusación popular, elevó a más de mil, con un máximo de cumplimiento de 25, según el sistema de acumulación de penas que rige en el Código penal español³²⁶, ya que en España no existe cadena perpetua.

C) Los casos Guatemala y Tíbet

Trataremos ambos casos conjuntamente, puesto que la Jurisprudencia del caso Guatemala influyó notablemente en el asunto de la querrela contra el genocidio del pueblo tibetano.

Como hemos visto hasta ahora, la aplicación del principio de justicia universal a al enjuiciamiento del genocidio y otros crímenes contra la humanidad, exigía, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la existencia de una conexión con es Estado español, como llave que abriría la puerta a la actuación de los Tribunales españoles.

A mi juicio, el interés de este caso reside no solo en sus aspectos jurídicos sino también en sus nada despreciables condicionamientos políticos.

Hasta ahora, lo que habíamos visto era el enjuiciamiento de los vencidos, los jercas nazis, los vencidos de Ruanda, los vencidos de Yugoslavia, los dictadores caídos como Augusto Pinochet o sus sicarios despojados ya de los privilegios obtenidos durante el régimen de terror al que sirvieron –caso Scilingo en España o del Capitán Astid en Bélgica– mientras que no habíamos visto a nadie tratar de enjuiciar a los verdugos de la era estalinista o sus colaboradores³²⁷. Ahora nos encontramos ante un verdadero reto. Se trata de llevar a juicio, ni más ni menos que al mismísimo ex Presidente de la República Popular China y ex Secretario general del PCCh, Sr. Jiang Zemin; el Sr. Li Peng, antiguo Primer Ministro y otros altos cargos, nada más ni nada menos que de uno de los países que

325 Es curiosa la forma en que unos periodistas y abogados convencieron al Capitán Scilingo para que abandonase Argentina y viniese a declarar a España y confesar los hechos; cuando compareció ante el Juez de la Audiencia nacional, éste le preguntó si había participado en la comisión de tales delitos, a lo que el Capitán Scilingo dijo que sí, por lo que el Juez le detuvo al instante. Vid. *La argucia de Scilingo*, en www.elperiodicodeextremadura.com/noticias/noticia.asp?pkid=153952 – 44k

326 ARts....

327 El año 1992, con ocasión de celebrarse en Berlín un Congreso de la UIA, tuve ocasión de departir con abogados implicados en la defensa del ex presidente de la DDR, Sr. Honeker, quienes me manifestaron, no sincierta meida sonrisa, que nadie en Alemania deseaba aquel juicio, por lo que se limitarían a alargar el proceso, hasta que la naturaleza siguiese su curso, como así fue por la muerte del Sr. Honeker, como consecuencia de un cáncer que padecía con anterioridad.

son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU. No es la pobre Ruanda, la arrasada Alemania de 1945, ni la desmembrada Yugoslavia, es el gigante demográfico y el brillante organizador de los últimos Juegos Olímpicos. Un panorama bien distinto.

Formulada la correspondiente denuncia ante la Audiencia Nacional, Juzgado de Instrucción número 2, éste, conforme con el criterio del Ministerio Fiscal, rechazó admitirla a trámite por carecer la Jurisdicción española de competencias, dada la absoluta falta de conexión entre los hechos denunciados y el Estado español, ya que ni hay víctimas españolas ni ninguno de los imputados se encuentra en España.

A la vista de los criterios de actuación que ya hemos repetido y que reinterpretaban el contenido y alcance del artículo 24.4 LOPJ, la querrela formulada por los tibetanos parecía condenada al fracaso.

Hasta ahora, lo que hemos visto podemos resumirlo en un legislador de 1985 imbuído de un espíritu justiciero y de buenos principios, que nunca pensó que pudiesen alcanzar tal grado de aplicación, que, hubo de ser matizado y pasado por el tamiz de la jurisprudencia, de la prudencia de los Tribunales, que, con buen criterio, habían dicho que bueno, sí, que el principio de justicia Universal existe, pero que hay que integrarlo con el conjunto del Derecho Internacional y que, por lo tanto, era necesaria la tantas veces comentada conexión con el Estado español para que pudiese ser el instrumento que posibilitase que los Tribunales españoles conociesen de esta clase de delitos. Todo parecía así discurrir por los cauces de la lógica, pero, entre aquellas sentencias que hemos comentado y el Auto de la Audiencia Nacional, de 10 de Enero de 2006, hubo un nuevo acontecimiento, que no fue otro que el alumbramiento de la STC de 26 de septiembre de 2005.

Los querellantes guatemaltecos, que el año 2003 habían visto rechazada su querrela por el Tribunal Supremo, habían llegado al Tribunal Constitucional quejándose de que el Tribunal Supremo les había denegado la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

El 26 de septiembre de 2005, el TC declaró que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ponía excesivas trabas a la aplicación del artículo 23.4 LOTC, en cuanto que imponía una serie de requisitos de conexión que no estaban en la Ley; por lo tanto, el Tribunal Supremo y, anteriormente, la Audiencia Nacional y el Juzgado de Instrucción, al haber denegado la admisión a trámite de la querrela formulada por Doña Rigoberta Menchú y otros por delitos contra la humanidad, en base a una interpretación restrictiva de la LOPJ, estableciendo requisitos que no se contemplan en el texto legal, habrían vulnerado el derecho de los demandantes de amparo a obtener la tutela judicial efectiva y se expresa el TC en términos muy duros al decir de los requisitos introducidos por el Tribunal Supremo que:

Desborda los límites de lo constitucionalmente admisible... en la medida en que supone una reducción contra legem a partir de criterios correctores que ni siquiera pueden implícitamente considerarse presentes en la ley que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de justicia universal según es concebido en el Derecho internacional y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del artículo 23.4 LOPJ.

El mismo criterio se sigue en el caso Tibet. En base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Audiencia Nacional admitió a trámite la querrela interpuesta por ciudadanos tibetanos contra los personajes que queda dicho.

IV.- LA INCARDINACION DE LA JURISDICCION ESPAÑOLA EN EL AMBITO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Desde que BECCARIA formuló su deseo de que ningún crimen quedase impune por el convencimiento de que el delincuente no debería hallar refugio en ningún lugar³²⁸, hasta la actualidad, ha

328 BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene*

habido muchos intentos de establecer la justicia universal, sobre todo tras los horrores vividos por la Humanidad durante la II Guerra Mundial.

El establecimiento de la Corte Penal Internacional como tribunal permanente para la persecución de los crímenes contra la humanidad que se establece en el propio Tratado en su artículo 1º, es decir, crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, cuyas tipificaciones se establecen en los artículos siguientes

Si comparamos la tipificación de estos delitos con el Código penal español, nos encontramos con que existe una clara similitud entre muchos de éstos delitos que, por lo tanto, serían competencia de los Tribunales españoles, siempre que se cometan en el Territorio nacional o, extraterritorialmente, en virtud del artículo 23 LOPJ, tan comentado, caso que no es único de España, ya que el principio que venimos estudiando es común a la mayoría de los países.

Por otra parte, la Corte Penal Internacional, nace como consecuencia de un tratado internacional de carácter multilateral y en el ámbito de las Naciones Unidas, por lo que es preciso regular el ejercicio de la jurisdicción de cada Estado; así, los artículos 17 a 23 del Estatuto de la CPI establecen dos tipos de jurisdicciones competentes para conocer de los delitos de que se trata:

- a) La propia jurisdicción de cada Estado parte que ejercerían normalmente su jurisdicción. (art. 18)
- b) La Jurisdicción de la Corte establecida como la cesión de una parte de su soberanía por los Estados partes del Tratado

El Estatuto de la CPI no pretende, por lo tanto, competir con las jurisdicciones nacionales de los países que ejercerían normalmente su jurisdicción, ni excluirlos del conocimiento de los delitos para cuya persecución la CPI fue creada; precisamente, una de las características de este Tribunal es la concurrencia de jurisdicciones, es decir, la posibilidad de que jurisdicciones de naciones parte puedan incidir sobre los mismos hechos.

La consecuencia es la necesidad de delimitar el ámbito competencial de cada uno de estos órganos, cuándo son los Tribunales nacionales y cuando es la CPI quien haya de conocer de un determinado asunto³²⁹, toda vez que la jurisdicción de la CPI se concibe como un complemento de las jurisdicciones nacionales³³⁰.

Los Estados signatarios del Tratado han cedido parte de su soberanía conscientes de que, en numerosas ocasiones, la persecución de estos delitos individualmente por cada uno de ellos acaba con fácil impunidad para los autores, por lo que el art. 17 establece que la Corte no admitirá un asunto cuando:

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

329 BUJOSA VADELL, L. *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Barcelona, 2008, p. 85.

330 Del Preámbulo: *Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales,*

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

En definitiva, el Estatuto de la CPI establece un criterio general de competencia de las jurisdicciones nacionales competentes por razón de los delitos de que se trata, aunque no sean territorialmente competentes³³¹.

Para regular la relación de la Jurisdicción española con la CPI, se ha promulgado la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

Como sabemos, a diferencia de otros Tribunales penales internacionales creados ad hoc, la CPI tiene un origen convencional, lo que le confiere una serie de particularidades a la hora de determinar si un hecho ha de ser competencia de la CPI.

La CPI se crea para responder a una necesidad de evitar la impunidad basada en las diversas regulaciones nacionales, que permitirían a los delincuentes contra la humanidad encontrar lugares de refugio; los Estados, se percatan de que sus solas fuerzas son insuficientes por la dificultad de hacer valer su jurisdicción, que, ya sabemos, es una manifestación de su soberanía, más allá de sus fronteras³³².

Así pues, se establece el principio de complementariedad de las jurisdicciones, lo que, eventualmente, puede ocasionar conflictos para la atribución de la competencia al tribunal español o a la CPI.

La cuestión viene regulada en el artículo 7 de la LOCCPI:

Artículo 7. De la solicitud para iniciar una investigación por el Fiscal de la Corte.

1. Corresponde exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Asuntos Exteriores y del Ministro de Justicia, decidir la presentación de la denuncia de una situación ante el Fiscal de la Corte, de conformidad con lo prevenido en los artículos 13, párrafo a), y 14 del Estatuto, y en su caso, para instar de la Sala de Cuestiones Preliminares que el Fiscal reconsidere su decisión de no iniciar actuaciones, conforme al artículo 53.3.a) del Estatuto.

2. Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser com-

331 BURJOSA, *La cooperación*, cit., p. 117

332 Así sucedió, por ejemplo, en el caso Guatemala, en el que, como ya se dijo, el TC declaró la competencia de la Jurisdicción española, pero fue imposible, como era de esperar, que las autoridades guatemaltecas colaborasen en la persecución de los acusados, todos ellos antiguos altos cargos de aquella nación Auto JCI N°1 de 16 de enero de 2008, en Autos 31/1999.

petente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.

Si comparamos esta regulación con el artículo 23 de la LOPJ, al que hemos aludido al principio, como fuente del principio de Justicia universal en la legislación española, es claro que los términos en que se plantea la cooperación son más restrictivos, sin que existe una modificación legislativa para ello expresamente realizada, lo que ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina³³³, como también fue objeto de crítica el hecho de que, habiéndose cedido parte de la soberanía al ratificar el Tratado de la CPI, no se hubiese llevado a cabo una modificación constitucional, como se produjo en otros países, como Francia o Bélgica³³⁴.

V.- CONCLUSION

Como fin a esta exposición, expondré, telegráficamente, mis conclusiones personales sobre el asunto.

A) El principio de Justicia universal es una exigencia ética y jurídica para que no existan zonas de impunidad para crímenes tan execrables como los delitos de genocidio y de lesa humanidad.

B) Por mucho que las legislaciones contengan cláusulas de atribución de competencia tan amplias como la del artículo 23 LOPJ española, es innegable que la sola fuerza de un Estado es insuficiente para perseguir estos delitos, además, un país no puede convertirse en el Justiciero Universal.

C) La creación de la CPI es un primer paso, pero que resulta a mi juicio insuficiente por dos razones: la primera, que su origen convencional la hace inaplicable a países que no son signatarios del Tratado, entre ellos, algunos de tanta significación como China o los Estados Unidos de América; la segunda, que el ejercicio de la jurisdicción precisa el auxilio de la fuerza coactiva que, en este caso, solo puede lograrse mediante la buena voluntad de los países no signatarios del Tratado –que si no lo han suscrito es por algo– o del grado de cumplimiento de sus compromisos por parte de los signatarios, que no siempre tendrá el mismo grado y dependerá e gran medida de lo afectados que se vean sus intereses nacionales en el asunto en el que hayan de cooperar y, en este aspecto, no me extrañaría que muchos puedan verse reflejados en la parábola evangélica de ver la paja en el ojo ajeno y no ver la viga en el propio.

D) La implantación de un sistema de Justicia Universal y sin exclusiones seguirá, por muchos años, siendo un desiderátum más ético que jurídico mientras no exista una fuerza coactiva directamente dependiente del Tribunal y que éste pueda ejercer su jurisdicción en los asuntos de su competencia directamente y sin cortapisas. Nosotros no veremos ese momento, porque los Estados siguen siendo muy celosos de su poder y la prueba está en la lenta evolución europea hacia un ámbito judicial común en materias que nos son propias, como, por ejemplo, una Justicia en común en el ámbito de los derechos y libertades comunes, moneda, etc.

E) Ante este panorama, muestro mi pesimismo en acciones, posiblemente loables desde un modelo de justicia kantiano, pero de escasa practicidad y, probablemente perturbadoras de las relaciones internacionales de pretender enjuiciar a personas en hechos sin conexión alguna con el país cuya jurisdicción pretende conocer del asunto.

F) A mi juicio, la coordinación entre la CPI y los Tribunales nacionales debería establecerse de la siguiente manera:

333 BUJOSA, *La cooperación*, cit., p.132

334 *Idem.*, p. 65 y ss.

1.– Si existe conexión, debe ser la jurisdicción nacional del país.

2.– Si no existe conexión, debe remitirse al país con el que exista y, subsidiariamente, a la Corte

3.– Si ninguna jurisdicción nacional resulta competente, o varios países pretendiesen enjuiciar a las mismas personas por unos mismos hechos, por considerarse competentes, la competencia debería ser de la Corte.

4.– La Corte deberá asumir progresivamente más competencias hasta ser el único órgano de Justicia universal con poder para enjuiciar hechos y personas sin exclusión alguna en virtud de un poder jurisdiccional que debería tener su fuente en el ejercicio de esta Potestad por parte de la ONU.

“LA JUSTICIA UNIVERSAL”

José Ricardo Pardo Gato

SUMARIO: I. LA JUSTICIA COMO PREÁMBULO: APROXIMACIÓN DESDE LOS CLÁSICOS AL DERECHO GLOBAL.– II. PREMISA INTRODUCTORIA: LA DISYUNTIVA LIBERTAD-SEGURIDAD Y EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES.– III. LA POTESTAD DE JUZGAR Y EJECUTAR LO JUZGADO. LA DESEADA DOBLE INSTANCIA PENAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL.– IV. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.– IV.1. Aprobación, finalidad, principios.– IV.2. Lagunas detectadas en su aplicación jurisdiccional.– a) Ausencia de ratificación general.– b) Limitación a la extensión competencial.– c) Aspectos formales y procesales.– d) Colisión entre diferentes modelos jurídicos.– V. LA JUSTICIA UNIVERSAL IRRADIADA DESDE EL ESTADO ESPAÑOL.– V.1. Sumarios y asuntos: ¿Posible solución sobre el terreno?.– a) Caso Chile (crímenes 1973-1990) y caso Argentina (crímenes 1976-1983).– b) Caso Fidel Castro.– c) Caso Guatemala.– d) Caso José Couso.– e) Caso Tibet y caso Falun Gong.– f) Caso Ruanda-R.D. Congo (crímenes 1990-2002).– g) Caso Guerra Civil española y caso Holocausto nazi.– h) Caso Gaza.– i) Caso Guantánamo.– V.2. Legislación y jurisprudencia española a modo de justicia penal universal.– a) Postulados legales y principios reconocidos.– b) Doctrina y limitaciones jurisprudenciales.– c) Limitaciones derivadas de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional.– d) La reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.– VI. CORTE PENAL INTERNACIONAL VERSUS AUDIENCIA NACIONAL.– VI.1. Elementos positivos y negativos a ponderar entre ambos tribunales.– VI.2. Mejoras a introducir en el funcionamiento de la Corte Penal Internacional.– VII. EPÍLOGO: CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.– Referencias Bibliográficas.

I. LA JUSTICIA COMO PREÁMBULO: APROXIMACIÓN DESDE LOS CLÁSICOS AL DERECHO GLOBAL

De entre los más ilustres juristas y politólogos que ha dado Galicia a lo largo de la historia uno de los más señeros ha sido, sin duda, Eugenio Montero Ríos, para quien, desde el sendero de la simbología,

La Justicia debe ser como la inmóvil roca en medio del mar siempre agitado, a la cual se acogen los que, combatidos por la tempestad, buscan en ella su salvación y contra cuya base se estrellan siempre las embravecidas olas sin conmovérla.

Si bien dicho símil fue empleado por el autor el 15 de septiembre de 1870 en el Discurso de Apertura de los Tribunales, ya desde mucho tiempo atrás el término justicia envuelve nuestro propio ser y el quehacer que nos mueve, por lo que no es de extrañar que su significado haya estado desde siempre presente en el pensamiento humano.

En un sentido más directo, Hans Kelsen, en el acto académico de despedida como miembro activo de la Universidad de California (Berkeley, 27 de mayo de 1952) pronunció una conferencia sobre el tema *¿Qué es la justicia?*³³⁵, disertación cuyas primeras palabras se valieron de la siguiente letanía:

Cuando Jesús de Nazaret fue conducido ante Pilatos y reconoció que era rey, dijo: “Nací para dar testimonio de la Verdad y para ello vine al mundo”. Y Pilatos preguntó: “¿Qué es la Verdad?”. El procurador romano esperaba una respuesta a esta pregunta y Jesús no se la dio, ya que dar testimonio de la Verdad no era la esencia de su misión divina como rey mesiánico. Jesús había nacido para dar testimonio de justicia, la justicia del reino de Dios, y por esta justicia murió en la cruz. Por tanto, tras la pregunta de Pilatos, “¿Qué es la Verdad?”, se plantea, a raíz de la sangre derramada por Cristo, otra pregunta de mayor importancia, la eterna pregunta de la humanidad: *¿Qué es la Justicia?*”.

A esta formulación, ya de por sí compleja habida cuenta de las variantes que la misma encierra, se le une con fuerza, fundamentalmente de un tiempo a esta parte, la apelación a un Derecho global, a partir del que emerge, desde un primer momento, una nueva pregunta en torno a su propia esencia, *¿Qué es el Derecho global?*; motivo de estudio y polémica científica de distintos investigadores, entre ellos Rafael Domingo, quien, más recientemente, ha venido a profundizar sobre la vertiente de la justicia en su acepción de universalidad³³⁶:

Roma dio vida al Derecho de gentes; la Europa moderna e ilustrada, al Derecho internacional; el mundo globalizado en que vivimos, al Derecho global, universal, cosmopolita, de la Humanidad, o como quiera denominarse. En todo caso, se trata de un Derecho común, de un “*ius commune*” del tercer milenio, con ciertas semejanzas con el Derecho común medieval, que haría las veces de tío abuelo de nuestra familia jurídica.

Ante estas manifestaciones recurrentes viene a mi memoria el famoso texto de las Instituciones de Gayo (2.73), donde el jurista del siglo II d.C. afirmaba que

Lo que otro edifica en terreno nuestro, aunque lo edifique por su cuenta, se hace nuestro por Derecho natural, porque la construcción cede al terreno (“*superficies solo cedit*”).

Difícilmente esta misma autoridad se hubiera atrevido a repetir tal manifestación, multiseccularmente aceptada por los tribunales, si pudiera volver la vista a la actualidad y observar, a buen seguro desde la incredulidad más absoluta, la problemática jurídica internacional de los tiempos que corren.

En puridad, fue Cicerón, como un vaticinio a lo que siglos más tarde acontecería, el primero en atreverse a emplear la expresión “Derecho de gentes”, luego asumida por los juristas romanos, los teólogos y canonistas medievales, los humanistas renacentistas y los ilustrados racionalistas, que terminarían convirtiéndolo en un derecho interestatal en sentido estricto.

En la actualidad, la latente globalización exige una reformulación de este derecho, una respuesta jurídica adecuada a los nuevos tiempos. Es hora, pues, de un derecho global, como antes lo fue el derecho de gentes y luego lo ha sido el derecho internacional, como bien se cuida en interrelacionarlos el profesor Domingo:

335 Kelsen, H.: *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 35-63. La cita que sigue se encuentra en la p. 35 de la obra.

336 Domingo, R.: *¿Qué es el Derecho global?*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008. La reseña se toma de la p. 22.

Sin el “ius Pentium”, no se entiende el Derecho “inter naciones”, el “Internacional Law”. Y sin el desarrollo de éste, no hubiera nacido el incipiente Derecho global. Los tres Derechos –de gentes, internacional y global– son como abuelo, padre y nieto, respectivamente. Forman parte de una misma familia. Tienen, por tanto, rasgos comunes que los aproximan por basarse en principios jurídicos distintos y aplicarse en momentos históricos del todo diferentes.³³⁷

Probablemente la convivencia superpuesta de tales derechos fue lo que llevó al gran historiador Sir Frederic Pollock (1845-1937), en el año 1911, durante un ciclo de conferencias sobre “The Genios of the Common Law” en la Columbia University de Nueva York, a pronunciar la siguiente frase lapidaria: “Law is the sister of freedom”. El tiempo transcurrido parece haber venido a confirmar su validez y actualidad, pues, como apunta Garrigues Walker

Si queremos construir un nuevo orden mundial –lo que parece una exigencia del desarrollo humano alcanzado– basado en la libertad y en los demás principios que informan nuestras democracias occidentales, necesitamos un derecho nuevo que garantice la libertad en estas circunstancias históricas en las que vivimos.³³⁸

Situaciones que día a día se ven, si cabe, más difíciles y complejas habida cuenta de los nuevos acontecimientos acaecidos, tales como la declaración unilateral de la independencia de Kosovo o el secuestro de los atuneros españoles, primero, del Playa de Bakio³³⁹ y, más tarde, del Alakrana³⁴⁰, perpetrados por un grupo de piratas en el mar de Somalia, reducto sin ley cada vez más al servicio del abordaje, el secuestro y la piratería, a cuyo peligro no es ajeno ningún Estado ni ciudadano que se atreva a adentrarse en dichas aguas.

Ante hechos o circunstancias de este tipo u otras relacionadas con la persecución de delitos perpetrados contra la humanidad o crímenes de guerra la respuesta internacional ha venido, en último término, de la mano de organismos internacionales como la Corte Penal Internacional o a través del recurso a la justicia universal, propiamente por medio, en muchos casos, de la Audiencia Nacional española. A estas dos posibilidades de acogimiento procesal nos referiremos a lo largo del presente estudio.

II. PREMISA INTRODUCTORIA: LA DISYUNTIVA LIBERTAD-SEGURIDAD Y EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES

Libertad y seguridad son, sin duda, dos de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el actual Estado de Derecho. Ante ellos, la Justicia, en su concepción lata, ha de mantenerse siempre expectante en su cometido de garante de que ambos conceptos, en cuanto que consustanciales a la condición humana, coexisten pacíficamente para hacer posible un estatus de libertad garantizada por un efectivo sistema de seguridad, frente a la amenaza que siempre supone el alcanzar una situación de tales garantías a costa, en detrimento o cercenamiento de derechos fundamentales básicos de la persona.

En este sentido, el siempre difícil equilibrio entre la libertad y la seguridad por todos requerida no supone, o al menos no debe presuponer inicialmente, la contraposición de lo que por los referidos conceptos entendemos genéricamente, sin que de su íntima relación quepa inferir con carácter previo connotaciones de por sí negativas, siempre y cuando esa equidad de justas aspiraciones se

337 Cfr. pp. 20 y 21.

338 Garrigues Walker, A.: “Prólogo” al libro colectivo *Principios de Derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, Domingo, R. (coord.), Aranzadi, Navarra, 2006, p. 9.

339 El secuestro del barco Playa de Bakio fue un incidente ocurrido entre el 20 y el 26 de abril del año 2008. Entre esas fechas su tripulación fue retenida por piratas en la costa de Somalia.

340 El secuestro del barco Alakrana, obra también de piratas somalíes, se produjo a 413 millas de las costas del sur de Somalia el 3 de octubre de 2009. En el momento del abordaje dicho pesquero se hallaba faenando en aguas internacionales, fuera de la zona protegida por la Operación Atalanta.

mantengan, precisamente, en esa anhelada posición de racionalidad y equilibrio en que se sustenta la legitimidad de los sistemas democráticos de corte occidental.

No obstante, concedores de que los acontecimientos de la realidad social y los intereses políticos de cada momento y de cada lugar sustentan dicha contraposición en un constante tira y afloja, tal situación exige a las distintas cortes y tribunales que velan por garantizar el ansiado equilibrio de voluntades el permanecer en alerta y vigilantes para que un exceso de celo en salvaguardar la seguridad no vaya acompañado de una aminoración de la libertad por debajo del umbral que configura un moderno Estado democrático de Derecho.

Convivimos, ciertamente, en permanente presencia de esa aludida dicotomía libertad-seguridad, la cual se antoja a todas luces presente en la cotidianidad actual del mundo globalizado, sin que, por ello, dicha tesis deba traducirse a la postre, necesariamente, en una merma de libertad y de reconocimiento y respeto de los derechos humanos globalmente consagrados.

A diferencia de lo que ha venido sucediendo hasta fechas muy recientes, inviable se presenta el preservar esta polémica en el espectro internacional, dado que la movilidad social imperante, junto con los incesantes flujos migratorios, convierten los problemas transnacionales en vicisitudes concretas de los países receptores de tales flujos, junto con el hecho –no menos relevante– de que los problemas suscitados en el seno de estos estados repercuten e inciden directa o indirectamente en la realidad internacional. De ahí que, de un modo u otro, no debamos o –mejor dicho– no podamos quedarnos impasibles ante tales acontecimientos, pasados o presentes, así como respecto de aquellos que puedan aflorar o sobrevenir en el futuro.

Para ello debemos reafirmarnos en los dos principios, plenamente reconocidos³⁴¹, que los juristas, al menos desde el prisma de la cultura instalada en el mundo considerado más avanzado, confían definitivamente adquiridos e inmutables: por un lado, en su máxima expresión, cualquier democracia que se precie, para merecer tal nomenclatura, incluso para justificar su propia razón de ser, debe venir presidida y proclamar abiertamente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, así como propiciar y crear las instituciones y procedimientos necesarios para que los mismos sean por todos respetados y puedan ejercitarse sin menoscabo alguno; por otro, el Estado, así configurado, debe garantizar a los ciudadanos un marco de seguridad viable y razonable que haga factible el desarrollo de su vida y actividades diarias en forma pacífica y que ampare con eficacia el ejercicio y disfrute de los mentados derechos y libertades.

En relación al primer principio citado, y respecto a la conformación de las instituciones y los procedimientos necesarios para que esos derechos y libertades sean por todos coherentemente respetados, susceptibles de ejercitación, se destina primordialmente este trabajo, sobre todo a los efectos de situar y clarificar, en la medida de lo posible, la oportunidad que asiste a un determinado estado de extrapolar su derecho y jurisdicción más allá de sus fronteras si lo que se entiende conculcado es, justamente, el desarrollo de tales libertades y derechos básicos de la persona, cuando no el poder apelar a organismos y tribunales internacionales que vengán a tutelar y amparar su libre y natural desarrollo³⁴²; para lo cual trataremos de perfilar en el camino los pros y contras de cada una de las dos vías jurisdiccionales articuladas en los últimos tiempos desde la base del ordenamiento nacional e internacional directamente aplicable, así como la solución finalmente adoptada al respecto por el Estado español.

341 Tanto por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, como por la propia Convención Europea de Derechos Humanos, así como en las constituciones de todos los países democráticos, entre ellas la Constitución española.

342 Sobre el tema tuve ya oportunidad de referirme, si bien de un modo somero y sin poder hacerme eco de las últimas modificaciones legales operadas dentro del marco del ordenamiento jurídico español, en Pardo Gato, J.R.: “Corte Penal Internacional y/o justicia universal. ¿Las dos caras de la misma moneda?”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 92, julio-diciembre 2008, pp. 109-142.

III. LA POTESTAD DE JUZGAR Y EJECUTAR LO JUZGADO. LA DESEADA DOBLE INSTANCIA PENAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Pero antes de adentrarnos en el cometido propuesto, cabe referirnos, aunque sea someramente, sobre una cuestión previa que no debemos perder de vista dada su evidente vinculación con el tema, al menos por lo que afecta al sistema español de defensa de los derechos fundamentales en cuanto al necesario o, al menos, conveniente recurso a la doble instancia penal para el supuesto de su cercenamiento.

Sabido es que, en nuestro marco jurídico de actuación, la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado viene atribuida al justiciable en el artículo 117.3 de la Carta Magna (CE), del mismo modo que, símbolo de madurez política y sobre todo de respeto a la libertad de expresión, los ciudadanos puedan, hasta cierto punto, mostrar su acuerdo o desacuerdo con tales decisiones, dentro de los márgenes democráticos instaurados, de tal forma que a través del derecho fundamental de defensa el abogado y, en último término, el juzgador se conviertan en garantes de la inviolabilidad de derechos y libertades que por ser inherentes a las personas resultan de naturaleza irrenunciable.

Es en este contexto donde debe afirmarse que el recurso a la doble instancia penal tiene en nuestro país rango constitucional –si bien no expreso–, tras la ratificación por el Estado español, el 13 de abril de 1977, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otorgado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, que expresamente así lo garantiza, a lo que cabe añadir lo proclamado a su vez por el artículo 10.2 de la CE cuando dispone que “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

El sistema de recursos regulado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) excluye de la doble instancia a los delitos que llevan aparejadas penas más graves frente a aquellos otros de penalidad inferior, de tal modo que mientras para estos últimos la ley establece un régimen procesal de naturaleza ordinaria (recurso de apelación)³⁴³, para los primeros sólo se prevé el de casación ante el Tribunal Supremo³⁴⁴; procedimiento que, por su carácter extraordinario, sólo resulta viable si concurren los requisitos y presupuestos legalmente establecidos, por lo que se veda la posibilidad de llevar a cabo una nueva valoración de los hechos o indicios incriminatorios.

343 El Proyecto de Ley Orgánica 121/000069 por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, si bien tiene como objetivo primordial generalizar la doble instancia en los procesos penales mediante la extensión del recurso de apelación a toda sentencia penal, no parece, en principio, que vaya a cumplir todas las expectativas expuestas, al declarar su anunciada Exposición de Motivos que: “... se puede revisar, por tanto, a través de este cauce procesal de la apelación, la aplicación del Derecho realizada por el órgano *a quo* y el control de los hechos realizado por el expresado órgano judicial únicamente cuando se trata de verificar que la conducta se sustenta sobre pruebas lícitas, que existe prueba de cargo suficiente y si la prueba practicada permite sostener la culpabilidad más allá de toda duda razonable”. En el nuevo recurso de apelación regulado se excluye, por tanto, como motivo del mismo, el *error en la valoración de la prueba*, por lo que no habilita para una nueva instancia plena. No en vano en la actualidad dicho error se contempla, si bien con carácter restringido, en el recurso de casación y, de manera amplia, en el de apelación que regula el artículo 790 de la vigente LECrim.

344 Ya demandado en su día para el proceso militar por De Querol y Lombardero, J.F.: “El mando militar ante el recurso de casación”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, enero-junio 1989, pp. 27-56; “El recurso de casación en el proceso militar”, *Derecho penal y proceso militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 655-676. En este último trabajo y en el contexto temporal de la temática abordada, el autor iniciaba su reflexión con estas palabras de tanto calado: “*Salvo un paréntesis corto, cuando la Segunda República reformó la legislación castrense, pretendiendo establecer un recurso de casación contra las sentencias de los Consejos de Guerra, ha sido tradicional en el proceso militar la inexistencia de pluralidad de instancias. Inexistencia de recursos de apelación como medio ordinario de impugnar las resoluciones judiciales; imposibilidad de las partes de instar ante un Tribunal Superior cuando las sentencias infrinjan la ley; escasa posibilidad de denunciar quebrantamientos de formas, etc.*”. Motivos que, aunque por razones diferentes, avalan la doble instancia penal aquí solicitada.

Fruto de todo ello se viene vulnerando, reiteradamente, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su dimensión penal a la doble instancia, lo que ha supuesto la condena a España en diversas ocasiones por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de la Naciones Unidas (ONU), por violación del artículo 14.5 del precitado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁴⁵, en el que se señala que “[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”.

A la espera de la pertinente reforma de nuestra ley procesal penal y de cómo quede definitivamente regulada la doble instancia en el futuro texto legal, sirva aquí de expresa constancia la denuncia por la vulneración reiterada del referido Pacto internacional de Nueva York para luego poder acudir a las instancias, organismos y tribunales internacionales.

IV. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Entre los organismos y tribunales creados para velar y, en su caso, castigar ciertas actuaciones alejadas a derecho en el ámbito internacional, destaca fundamentalmente –desde su conformación e inicio de facultades y consiguiente actividad jurisdiccional– la Corte Penal Internacional (CPI), cuyo favorable reconocimiento no debe impedirnos denunciar los posibles inconvenientes o aspectos negativos que su funcionamiento, después de más de media década, arrastra tras de sí.

IV.1. Aprobación, finalidad, principios

A tenor de una propuesta presentada en 1989 por Trinidad y Tobago ante la 44ª Asamblea General de la ONU, el 17 de julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de este mismo organismo aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), primer tribunal de estas características con vocación de permanencia y alcance potencialmente universal. Dicho texto legal entró en vigor el 1 de julio de 2002, una vez superadas las sesenta ratificaciones necesarias que a tal fin el propio Estatuto preveía. España, por su parte, prestó su consentimiento al mismo a través de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre.

Si su finalidad se centra, básicamente, en acabar con la impunidad y prevenir nuevos crímenes mediante la constitución de una instancia judicial independiente, vinculada con las Naciones Unidas, dos de los principios generales por los que se rige entroncan directamente con los ya recogidos en la Carta de tan alto organismo, a saber: la prohibición del uso o amenaza de la fuerza y la no injerencia en los asuntos internos³⁴⁶; postulado este último que no ha de entenderse de tenor restrictivo, pues como gran logro de la CPI figura el que los crímenes notorios cometidos en los conflictos armados internos (no internacionales) serán igualmente de su competencia.

IV.2. Lagunas detectadas en su aplicación jurisdiccional

a) Ausencia de ratificación general

Hasta enero del año 2007, 104 países habían suscrito el Estatuto de Roma de la CPI³⁴⁷, por lo que si consideramos que son 192 en la actualidad los Estados miembros de las Naciones Unidas, el número de Estados parte de la Corte es significativo e importante, si bien claramente insuficiente, por cuanto si lo pretendido es ejercer una jurisdicción universal y una primacía institucional en la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha de estimarse como un fracaso

345 Valga de ejemplo el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 11 de agosto de 2000 por el que se ordenaba la anulación de la condena a un español por vulneración de su derecho a la doble instancia penal, salvo que fuera revisado su proceso.

346 Para mayor abundamiento sobre la aprobación, finalidad y principios de la norma base de la CPI, *vid.* Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L.: “Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 73, enero-junio 1999, pp. 197-207.

347 De este número de países, 41 son europeos, 29 son Estados africanos, 22 de Iberoamérica y Caribe, y 12 de Asia.

y una radiografía ciertamente inquietante del estado del mundo la ausencia de naciones clave en el concierto internacional.

Así, la falta de ratificación por las grandes naciones (Estados Unidos de América, Rusia, China, India, Israel y la práctica totalidad de los Estados árabes, desde Marruecos, Egipto y Arabia Saudita, hasta Irán o Pakistán), ha supuesto un serio varapalo al objetivo inicial con el que se fraguó la conformación de la CPI. Dejar fuera de su jurisdicción a una parte importante de ciudadanos no hace sino convertir para muchos de ellos en mera expectativa inviable el acceso a las reparaciones, indemnizaciones o rehabilitaciones que podrían exigir de concurrir una mayor extensión de su competencia.

b) Limitación a la extensión competencial

Como premisa, debe quedar claro antes de nada que este organismo conoce exclusivamente de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, de ahí que hasta el momento se haya concretado en la persecución de los delitos de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, previéndose su extensión en el futuro al delito de agresión (artículo 5 ECPI), cuya competencia queda deferida a una posterior concreción, tanto de los elementos del mismo como de las condiciones en que pueda ser perseguido (ex artículos 121 y 123 ECPI). Empero, carece de competencia para conocer del delito de terrorismo³⁴⁸, por presentar el mismo un concepto no unívoco en el ámbito internacional, habida cuenta de su falta de tipificación hasta el momento por la Asamblea General de la ONU.

A diferencia de otros tribunales de naturaleza similar creados con anterioridad (Nüremberg, Tokio, Ruanda, Yugoslavia)³⁴⁹, con la finalidad de atender a situaciones concretas y con carácter temporal, la CPI no se limita al conocimiento de delitos acaecidos en el ínterin de una contienda o un determinado conflicto, ni para situaciones definidas durante o con posterioridad a la lucha armada; no se trata, pues, de un tribunal ad hoc creado ex post facto, tras haberse cometido el delito, lo que viene a justificar la razón de porqué no retrotrae su jurisdicción, al limitar su conocimiento a los delitos y crímenes ocurridos después del 1 de julio de 2002.

c) Aspectos formales y procesales

Por otro lado, si bien el Estatuto reconoce los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla pena sine lege*, basados en la aplicación de los delitos y penas que se regulan en la propia norma, contrariamente no contempla la posibilidad de desarrollar, en su caso, el juicio en la lengua materna del acusado, sino tan solo en los idiomas de trabajo de la Corte, entre los que, sorpresivamente dada su amplia difusión, no se encuentra la lengua española.

Destacable es también, como nota diferencial respecto de los Tribunales ad hoc precedentes, la regulación de los derechos de las víctimas, que en relación con muchos de los sistemas jurídicos nacionales existentes ha venido a representar una verdadera irrupción jurisdiccional novedosa.

348 Al respecto, tempranamente, *vid.* Gutiérrez Lanza, G.: “Notas sobre los delitos de terrorismo”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 29, enero-junio 1975, pp. 35-48; y, en cuanto a su íntima relación con los derechos humanos, Fernández de Casadevante Romani, C. y Jiménez García, F.: *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2005.

349 Los Tribunales de Nüremberg y Tokio fueron consecuencia de una guerra de agresión y unieron la responsabilidad de los gobernantes por violaciones de derechos humanos a la responsabilidad por la guerra [Bacigalupo, E.: “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77, enero-junio 2001, p. 251; sobre el desarrollo de los acuerdos internacionales para la penalización de la guerra de agresión –Protocolo de Ginebra, 1924, Pacto Kellogg, 1928–, *vid.* Schmitt, C.: *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1945, ed. por Quaritsch, H., 1994]. En cuanto a los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, *vid.* Resoluciones de la ONU 827 (1993), de 25 de mayo, y 955 (1994), de 8 de noviembre, respectivamente.

A nivel procesal, conviene asimismo aclarar que se incorpora en este Tribunal la figura del *amicus curiae*, por la que, acorde con su espíritu, por vía de intervención adhesiva puede ser llamado al proceso bien por el propio justiciable, bien a petición propia.

En el ámbito de la exigencia a la hora de la demanda, se requiere a las víctimas para su presentación la respectiva solicitud de participación en el procedimiento y el reconocimiento de su condición, con la consiguiente posibilidad de rechazo de tales reclamaciones en caso de la no acreditación indubitada de la categoría de víctimas de los demandantes³⁵⁰. Esta circunstancia, aparentemente lógica desde el punto de vista de la ratio jurídica, quiebra su naturalidad ante la esencia del proceso y su fin perseguido, por cuanto las víctimas suelen encontrarse dispersas, en ocasiones en situaciones de grave riesgo y con evidentes problemas para la demostración palpable de lo que se les requiere; tengamos por caso la situación de mujeres violadas o agredidas, las más de las veces ocultas y silenciadas por el miedo. Por tanto, facilitar el acceso a la demanda y la posibilidad de intervención en el proceso sin exigencias previas, que pueden no responder a la necesidad de la aplicación de la justicia, parecería lo más razonable, ello sin desconocer que los procedimientos puedan iniciarse de oficio, lo que para nada obsta lo que acabamos de sostener.

La audiencia de confirmación de cargos que ha tenido lugar en los últimos procedimientos iniciados propiamente ante la CPI, así como las primeras sesiones celebradas al efecto³⁵¹, han revelado, en este sentido, que el procedimiento establecido por los Estados parte del Tratado de Roma requiere de ajustes para garantizar un adecuado amparo del derecho a la defensa, habiendo instaurado, por otro lado, un novedoso papel encomendado a las correspondientes defensas de las víctimas, con posibilidad de intervención en las sesiones³⁵², no equiparable totalmente en sus posibilidades procesales al fiscal y a la defensa del acusado.

Junto a estas breves pinceladas destinadas a esbozar la presencia de la CPI en el ámbito en el que nos movemos, cabe significar como rasgo también identitario de la misma en su ejercicio la concesión de privilegios e inmunidades del abogado defensor, tal como se colige del artículo 48 ECPI. Así, el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, redactado por la Comisión Preparatoria de la CPI y adoptado por la Asamblea de los Estados partes el 9 de septiembre de 2002, deviene en medio necesario para poder ejercitar la acusación y la defensa con total independencia y libertad: localización de pruebas en el propio territorio nacional del defendido, cuando probablemente los dirigentes sean reacios a proporcionar medios y facilitar las investigaciones pertinentes, o permitir la salida del país de las pruebas obtenidas, así inculpatorias como exculpatorias, puede significar una tarea ciertamente peligrosa e incluso potencialmente lesiva si el acusador o el defensor resultan ser ciudadanos –nacionales o extranjeros– carentes de la necesaria protección.

350 En cuanto a la condición de *víctimas*, debemos tener presente lo confirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE), Sala Tercera, de 28 de junio de 2007 (asunto: C-467/2005), al no incluir dentro de dicho concepto (contenido en la Decisión marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo) a las personas jurídicas que hayan sufrido un perjuicio directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro.

Además, hay que tener en cuenta que para la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI con respecto a una situación de crisis referida en la pretensión de activación, los estados partes han establecido toda una serie de presupuestos materiales (*presupuestos de activación*) que deben concurrir en relación con dicha situación y que se recogen en los artículos 15, 16 y 53 ECPI y en la regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

351 Sesiones que tuvieron lugar durante tres semanas en los meses de noviembre y diciembre de 2006, en el asunto del *Fiscal contra Thomas Lubanga Dilo*; causa juzgada ante la CPI en el año 2007 por hechos acaecidos en la República Democrática del Congo que afectaron al reclutamiento de niños soldado, entre otros cargos. En los últimos tiempos la CPI ha prestado su sede para acoger el juicio contra *Charles Taylor ante el Tribunal Internacional de Sierra Leona*.

352 Olásolo Alonso, H.: “La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional”, *Diario La Ley*, núm. 6343, 20 de octubre de 2005, p. 1, destaca que dicha posición procesal ha sido considerada como uno de los avances más significativos del Estatuto de Roma (así, también, Schabas, W.A.: *An Introduction to the International Criminal Court*, 2004, p. 172).

Razón de más para concluir que tanto las personas como los bienes de fiscales y abogados hayan sido dotados de la debida salvaguarda, articulada en base a los preceptos 15, 16 y 18 del mentado Acuerdo, donde se detallan las inmunidades, inviolabilidades y exenciones de que gozan tanto los principales como los integrantes de sus equipos durante el tiempo en que se prolongue su mandato. Esta protección dispensada se justifica, desde el prisma técnico, en que la CPI no es mismamente un organismo perteneciente a la ONU, por lo que quienes lo integran no gozan de los privilegios e inmunidades de que se favorecen y están facultados los funcionarios de la máxima organización internacional, a diferencia, por otro lado, de lo que sucede respecto de quienes actúan o forman parte integrante de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia o Ruanda.

Sin embargo, es de lamentar que España aun no haya procedido a la ratificación de este Acuerdo internacional, por lo que, como efecto contrario, los letrados españoles ya inscritos en la lista de abogados admitidos para actuar ante la CPI no gozarán hasta ese momento de tales privilegios esenciales para el adecuado ejercicio del derecho de defensa con todas las garantías procesales oportunas, ello sin perjuicio de la ayuda que a tal fin proporciona la figura de la Secretaría de la Corte Penal Internacional³⁵³.

d) Colisión entre diferentes modelos jurídicos

Además de lo señalado, otra cuestión merece ser contemplada en este recorrido de problemas encontrados. Cuando se trata de alcanzar un punto suficiente de conexión en medio de intereses y experiencias diversas, por lo general a los vértices de unión sólo se llega con ciertas tensiones o situando el acuerdo en espacios de difícil e incompleta conjunción.

De hecho, en el marco internacional resulta perfectamente constatable que ciertos acuerdos no resultan, a menudo, fáciles de plasmar o de llevar a la práctica –ténganse en cuenta experiencias recientes como el proceso de aprobación de una Constitución para la Unión Europea o las distintas contradicciones que han surgido y sobrevienen en el seno de organismos más consolidados, como la propia ONU–, por lo que avanzar a pequeños pasos es siempre aproximarse plausiblemente al objetivo propuesto, a falta de una superior concreción en menor tiempo.

En este sentido, la existencia de un modelo jurídico y judicial anglosajón y un sistema continental europeo, con tantos elementos de diversidad como se sabe, no facilita a este respecto la armonización deseada, inclinando en muchas ocasiones la balanza hacia los principios del sistema de la common law, lo que desde nuestra perspectiva y desarrollo legal no hace sino provocar insuficiencias, también y sobre todo en las garantías de que deben disponer las víctimas, lo que ha de convertirse en un concienzudo empeño por nuestra parte en ir corrigiendo y subsanando tales deficiencias.

V. LA JUSTICIA UNIVERSAL IRRADIADA DESDE EL ESTADO ESPAÑOL

V.1. Sumarios y asuntos: ¿Posible solución sobre el terreno?

Es precisamente, como acabamos de manifestar, en el campo de protección de las víctimas y del ejercicio de sus derechos donde estos problemas se acentúan o se hacen más palpables y manifiestos –estados al margen de la CPI, incompetencia en algunos delitos, dificultades formales y procesales en su encaje a derecho, o la colisión entre modelos jurídicos diferentes–, sobre todo si tenemos en cuenta que en el sistema penal los dos objetivos claves perseguidos son, por un lado, la condena y

353 No quedan, sin embargo, eliminadas las carencias de la defensa gracias a la contribución que proporciona la regulación de la Secretaría de la Corte, tan extraña a nuestro sistema nacional español. Pues si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 –que al referirse, en su Exposición de Motivos, a los secretarios judiciales, indicaba que su función era la de auxiliar y colaborar con los jueces y tribunales– ha sido actualizada a finales del año 2003 en lo que a la secretaría del tribunal concierne, “convirtiendo la figura del secretario judicial en una de las claves de la actual reforma”, lo que no obsta que su cometido, conforme a esta misma norma, se siga conjugando entre dos extremos esenciales: *la dación de fe y la documentación judicial*.

castigo de los culpables, pero por otro –no menos relevante–, la satisfacción a las víctimas de los daños ocasionados por aquellos.

A esta situación parece responder, sino en todo al menos en parte, la denominada como justicia universal o jurisdicción universal, que ha ido adquiriendo protagonismo en los últimos años, a la sombra –o no– de la CPI, con importantes reminiscencias y especial protagonismo de nuestro país sobre el tema –sin olvidar, como así nos lo ha confirmado nuestro Tribunal Constitucional³⁵⁴, que España no es el único estado que reconoce el principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, citando al respecto las legislaciones de Bélgica, Dinamarca, Suecia, Italia o Alemania³⁵⁵, al mostrarse competente, hasta hace poco sin cortapisas y en diversas ocasiones, la Audiencia Nacional española (AN), auténtico “portaviones de la Justicia” en palabras de Mendizábal allende³⁵⁶, para conocer de los delitos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad, además de la posibilidad de irradiar su influencia sobre los delitos de terrorismo o agresión, e incluso –aunque más cuestionable– sobre el de tortura, cometidos a espaldas de nuestro territorio³⁵⁷.

A pesar de que –como veremos– las últimas modificaciones legislativas operadas han aminorado notablemente su capacidad de actuación, conviene en este momento dejar reflejados, con carácter objetivo, los posibles fallos recaídos y actualizar los asuntos latentes, para disponer de los suficientes elementos de juicio a la hora de ofrecer una valoración e interpretación adecuada a su justa repercusión.

a) Caso Chile (crímenes 1973-1990) y caso Argentina (crímenes 1976-1983)

Como asuntos pioneros abiertos en nuestro país por crímenes internacionales se sitúan los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas por los hechos acaecidos durante las dictaduras argentina y chilena, de tal forma que el pleno de la Sala de lo Penal de la AN, en sendos autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, respectivamente³⁵⁸, vino a reconocer la competencia de la jurisdicción española. En el primero, la AN interpretó que el artículo 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no excluye la existencia de jurisdicciones distintas de las del territorio o estado en el que se cometió el delito o de un tribunal internacional; y, en sentido similar, aunque valiéndose de menor argumentación, en el segundo se aceptó también la competencia para juzgar a Pinochet por las imputaciones de terrorismo y torturas, si bien el Ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar su extradición a España por encontrarse “gravemente enfermo”.

354 STC de 26 de septiembre de 2005.

355 Bélgica, en el artículo 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999; Dinamarca, en el artículo 8.6 de su Código Penal; Suecia, en la Ley relativa a la Convención sobre el Genocidio de 1964; Italia, en el artículo 7.5 de su Código Penal; y Alemania, distintos *Länder* incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la comunidad internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricción alguna basada en vínculos nacionales. Sobre el comentario a algunos de los asuntos abiertos en estos países, como el *caso de las monjas ruandesas* en Bélgica, *vid.* Bacigalupo, E.: “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas...”, *cit.*, pp. 259 y ss.

Por su parte, en cuanto al derecho americano, téngase en cuenta la Ley de Reclamación de Extranjeros por Daños y Perjuicios, sancionada en 1789 (*Alien Tort Claims Act of 1789* o “ATS”). Dicha norma ha originado un importante auge de demandas ante la justicia norteamericana. Esta ley permite que los ciudadanos extranjeros que buscan reparación por violaciones al derecho internacional, incluyendo abusos a los derechos humanos, puedan reclamar daños y perjuicios contra el autor del daño ante un tribunal federal de los Estados Unidos, independientemente de la nacionalidad del demandado y aun cuando el acto ilícito haya tenido lugar fuera de los Estados Unidos.

356 Mendizábal Allende, R.: “El portaviones de la Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 7121, de 24 de febrero de 2009, pp. 3 a 5.

357 A algunos de estos casos se refirió la profesora Gil Gil, A.: “Jurisdicción de los Tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, enero-junio de 2006, en particular pp. 55-62.

358 Argentina: auto AN núm. R. Apel. 84/1998, de 4 de noviembre, de la Sala de lo Penal, Sección 3ª; Chile: auto AN núm. R. Apel. 173/1998, de 5 de noviembre, de la Sala de lo Penal, Sección 1ª. El ponente de ambos autos fue Carlos Cezón.

Sin embargo, el proceso, tanto en relación con la dictadura chilena como argentina, ha seguido su curso respecto de otros acusados. Así, en cuanto al caso del general chileno Hernán Julio Brady Roche, la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de marzo de 2004 asumió la doctrina constitucional sobre la jurisdicción española recogida en la sentencia del caso Guatemala, al que más adelante nos referiremos.

Por su parte, en el marco de la dictadura argentina se han seguido actuaciones en el caso del ex militar de la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), Adolfo Scilingo, y en el caso del oficial Ricardo Miguel Cavallo. En el primero de ellos, la STS de 15 de noviembre de 2004 vuelve a confirmar la competencia de la AN para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas imputados a Scilingo, de tal forma que el 19 de abril de 2005 la AN establece la primera sentencia condenatoria en este sumario por la que se condena a dicho ex militar a 640 años de prisión por la comisión de un delito de lesa humanidad³⁵⁹. En este fallo la AN cambia la calificación jurídica inicial de los hechos y, en lugar de por genocidio, terrorismo y torturas, dispone la condena por aplicación del artículo 607 bis del Código Penal español (CP), precepto por el que en el año 2004 se introdujeron en nuestro ordenamiento los crímenes contra la humanidad³⁶⁰. En su argumentación, la AN precisa que dicha decisión no implica, por el contrario, una violación del principio de legalidad, al existir tales crímenes en la costumbre internacional ya anteriormente a la comisión de los hechos.

En cuanto al caso del oficial Ricardo Miguel Cavallo, inicialmente México procedió al cumplimiento de las órdenes internacionales de detención del juez español Baltasar Garzón, lo que se consiguió el 24 de agosto de 2000 en Cancún, cuando intentaba regresar a Buenos Aires, para su extradición a España. La AN dictó auto de fecha 20 de diciembre de 2006 por la que apreció la declinatoria de jurisdicción a favor de la República Argentina, al fundamentarlo en la existencia de diligencias penales abiertas por los tribunales de este país que estima preferentes al entender que se trata de un supuesto de “conurrencia de jurisdicciones”, lo que permitiría hablar de un “conflicto de jurisdicción”, toda vez que existe litis pendencia por encontrarse simultáneamente en curso actuaciones en dos países; y así, estima la declinatoria de jurisdicción que, como artículo de previo pronunciamiento, planteó la defensa del procesado en el trámite anterior a la celebración del juicio oral, para ceder a la autoridad competente argentina el conocimiento de los hechos que motivaron el procesamiento –genocidio, terrorismo y torturas–.

Posteriormente, la STS de 18 de julio de 2007 estimó que dicha resolución de la AN debía quedar sin efecto por incurrir en varias infracciones legales: en primer lugar, por disponer materialmente la extradición de un acusado cuyo enjuiciamiento correspondía a los tribunales españoles a través de una inadecuada vía procesal –estimación de una declinatoria de jurisdicción planteada de forma incorrecta–; en segundo término, por omitir la solicitud y el cumplimiento de los requisitos previstos en el Tratado de Extradición suscrito con la República Argentina y sustraer al Ejecutivo su capacidad decisoria; y, en tercer lugar, por vulnerar también el contenido del Tratado suscrito con los Estados Unidos Mexicanos que prescribe el “obligado consentimiento expreso”, previo a la posibilidad de autorizar la reextradición a un tercer país.

Por tanto, podemos igualmente concluir que el TS, tras modificar su inicial posición al respecto para otros casos –como tendremos ocasión de comprobar–, vuelve a otorgar la competencia a los tribunales españoles para enjuiciar al imputado por delitos de genocidio, terrorismo y torturas en detrimento de la jurisdicción argentina.

b) Caso Fidel Castro

359 En concreto, se trata de la SAN núm. 16/2005, de 19 de abril, de la Sala de lo Penal, Sección 3ª; ponente: José Ricardo de Prada.

360 En este sentido, se había pronunciado, con anterioridad, Gil Gil, A.: *Derecho penal internacional*, 1999, p. 183, quien comenta asimismo esta sentencia de la AN en *Jueces para la Democracia*, julio, 2005, pp. 7 y ss., y cuyas observaciones críticas a la misma son contrarrestadas por Castresana Fernández, C.: “De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-rl, noviembre 2005, pp. 3-11.

Como efecto reflejo, los citados autos iniciales de la AN relativos a los casos chileno y argentino trajeron consigo la presentación de otras denuncias y querellas por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en otros países, en su mayoría de ámbito latinoamericano.

Así ocurrió con los sucesivos intentos de encausamiento de Fidel Castro, al menos tres hasta la fecha, que la AN ha ido rechazando, incluso con posterioridad a la sentencia del caso Guatemala y pese a la convalecencia del dictador y la consiguiente cesión del mando a favor de su hermano Raúl, por razón de la inmunidad de la que gozaba, según el derecho internacional consuetudinario, al tratarse, en su momento, de un Jefe de Estado en activo (cfr. caso Yerodia)³⁶¹ y, posteriormente, por motivos de “cosa juzgada”.

c) Caso Guatemala

La denuncia presentada por la Premio Nobel de la Paz, Rigoberta Menchú Tum, ante el Juzgado Central de instrucción de guardia, el 2 de diciembre de 1999, por delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, imputados, conjunta e indistintamente, a los generales Efraín Ríos Montt y Oscar Humberto Mejías Vítores, que ocuparon sucesivamente la jefatura del gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente Fernando Romeo Lucas García y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el gobierno, la policía y el ejército, llevó al Tribunal Constitucional español (TC) a dictar una de las más relevantes sentencias hasta el momento recaídas sobre el tema³⁶², al fijar la delimitación jurisdiccional de la justicia universal, haciéndola residir al efecto en los tribunales españoles, siguiendo el sentido de la definición aportada, sólo un mes antes, por el Instituto de Derecho Internacional, en resolución firmada en Cracovia el 26 de agosto de 2005: “La competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración o vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional”³⁶³.

En concreto, se trata de la STC 237/2005, Sala Segunda, de 26 de septiembre, que vino a anular las dos resoluciones previas impugnadas, vertidas hasta ese momento sobre el caso en cuestión, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. Así, conforme al criterio sentado, tanto el anterior auto del pleno de la AN de 13 de diciembre de 2000³⁶⁴, como la STS de 25 de febrero de 2003³⁶⁵, realizan, a juicio del Alto Tribunal, una interpre-

361 Esta interpretación parece haber sido confirmada por la posterior del Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Yerodia*, en la que este Tribunal sostiene la existencia en el derecho internacional consuetudinario de inmunidades de jurisdicción, si bien excepciona de la regla de la inmunidad la persecución en el propio país, los casos en que el mismo Estado decide el levantamiento de la inmunidad, la persecución de actos cometidos a título privado cuando el sujeto ha dejado ya el cargo oficial, así como la persecución ante jurisdicciones penales internacionales. Sobre el asunto Yerodia, vid. Pueyo Losa, J.: “Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 83, enero-junio 2004, en particular pp. 28-33; y, en cuanto a la jurisprudencia general de este Tribunal, Omar Raimondo, F.: “El valor de la jurisprudencia de la Corte internacional de Justicia como verificadora del derecho internacional humanitario y el crimen internacional de genocidio”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 81, enero-junio 2003, pp. 143-191.

362 Sobre este caso y la importancia del fallo del TC, véase Pardo Gato, J.R.: “El papel de los abogados ante la jurisdicción universal. El nuevo horizonte abierto tras el caso *Guatemala*”, *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso Nacional de la Abogacía*, 26 al 28 de septiembre de 2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 187-194.

363 El proyecto de 1996 de *Código de Crímenes contra la Humanidad*, promovido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, establecía que cualquier estado parte se puede encontrar facultado para ejercer su jurisdicción respecto del presunto responsable de algunos de los crímenes de derecho internacional enunciados (*genocidio, crímenes contra la humanidad, de guerra, etc.*).

364 En su apoyatura, la AN se vale del artículo 6 del Convenio de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948 relativo a la prevención y sanción del delito de genocidio para sostener la vigencia de una relación de subsidiariedad de la jurisdicción española sobre la territorial, requiriendo además una acreditación plena de la imposibilidad legal o prolongada de inactividad judicial, hasta el extremo de exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los tribunales de Guatemala.

365 El TS fundamenta la denegación de la competencia jurisdiccional española en los límites de aplicación intrínsecos al principio de jurisdicción universal. Así, en su apelación a la costumbre internacional, requiere para su asunción unilateral por el derecho interno la concurrencia de “vínculos de conexión”, a saber: que el presunto autor del delito se

tación excesiva e infundadamente rigorista del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) a partir de argumentos restrictivos de la competencia de los tribunales de nuestro país, no incluidos en la ley ni que puedan derivarse razonablemente de ésta.

Razón por la cual, una vez comunicada la decisión del Constitucional, la AN, en asunción de la misma, adoptó un acuerdo del pleno no jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005, conforme a la idea de unificación de criterios del artículo 264 LOPJ, según el cual en adelante examinará de oficio su propia jurisdicción, así como la inactividad de los tribunales del territorio y de los tribunales internacionales, y aceptará la jurisdicción “salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos”. Asimismo, en ejecución de la citada decisión constitucional, la AN dictó posterior resolución en este caso admitiendo su competencia a través del auto de 16 de febrero de 2006.

d) Caso José Couso

De gran impacto social en nuestro país, por auto del Juzgado de instrucción núm. 1 de la AN de 19 de octubre de 2005 se dicta orden internacional de busca, captura y detención a efectos de extradición contra tres militares estadounidenses (sargento Cornelio, capitán Lázaro y teniente coronel Carlos José) bajo la acusación de crímenes de guerra por un presunto delito de homicidio de dos periodistas, uno de ellos de nacionalidad española (José Manuel Couso, de la cadena Telecinco), en el ataque al Hotel Palestina de Bagdá (Irak) en 2003, donde se alojaba la prensa internacional.

Confirmado en reforma por auto de 28 de octubre de 2005, dicha decisión fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal ante la Sala Penal de la AN, cuya Sección Segunda dictó a su vez auto de fecha 8 de marzo de 2006 por el que confirmó el recurso y declaró la falta de jurisdicción, revocando los autos citados y decretando el archivo de las diligencias previas.

No obstante, contra la anterior resolución los querellantes interpusieron recurso de casación, que el TS, en sentencia de 11 de diciembre de 2006, haciendo suyos los fundamentos de la referida STC 237/2005, declara haber lugar, casando y anulando el anterior auto, bajo la declaración de que los tribunales españoles ostentan jurisdicción para conocer de los hechos denunciados en esta causa.

En mayo de 2008 la AN revocó el procesamiento de los tres militares estadounidenses implicados en la muerte del cámara José Couso, al estimar que no existían indicios “suficientes” para seguir con la investigación. Este auto venía a corroborar así la postura de la fiscalía, que el 21 de abril de 2008 solicitara, nuevamente, el archivo de la causa al considerar que aquella muerte se enmarcaba en un “acto de guerra”.

No obstante, la decisión contó con el voto en contra de uno de los magistrados del tribunal, el juez José Ricardo de Prada, que cuestionó el argumento de que tal hecho se hubiera producido en el marco de un acto de este tipo, pues, a su juicio, da a entender que en la guerra “no hay normas que regulen las conductas de los combatientes ni protejan a las víctimas civiles y que en ella casi todo es incontrolable y posible”, para concluir que “cabe apreciar un ataque intencional contra objetivos civiles”.

En todo caso, este último auto no supone el archivo de la causa, pues será el titular del Juzgado de instrucción núm. 1 el que estime finalmente el sobreseimiento del caso o continúe con la investigación.

e) Caso Tibet y caso Falun Gong

Los fundamentos de la meritada STC recaída en el caso Guatemala han servido también de base para que la AN declarara su competencia para investigar el presunto genocidio cometido por las ex

halle en territorio español, que las víctimas tengan la nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo con los intereses nacionales.

autoridades chinas en el Tibet³⁶⁶, lo que justificó la decisión del auto de 10 de enero de 2006, por el que se revocó a su vez el del Juzgado de instrucción núm. 2 de la AN de 5 de septiembre de 2005. Con independencia del proceso seguido, la represión policial china ante las revueltas acontecidas en el Tibet por tensiones políticas volvió a poner el acento en la presunta vulneración de los derechos y libertades fundamentales de la minoría tibetana en ese país, por parte, en este caso, de las actuales autoridades.

Con China también en el punto de mira y con sustento asimismo en la STC 237/2005, ha sido de nuevo el Alto Tribunal español quien ha determinado, mediante STC de 22 de octubre de 2007, que la inadmisión de la querrela interpuesta contra los ciudadanos de esa nacionalidad, Jiang Z. y Luo G., por supuestos delitos de genocidio y torturas cometidos desde el año 1999 en relación con miembros del grupo Falun Gong vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Responde así este fallo a la impugnación, por un lado, del auto del Juzgado Central de instrucción núm. 2, de 20 de noviembre de 2003, confirmado, en reforma, por auto de 17 de diciembre; en apelación, por el del pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 11 de mayo de 2004; y, en casación, por la STS de 18 de marzo de 2005; autos que habían acordado dicha inadmisión por no ser españoles ni las víctimas ni los presuntos responsables de los delitos denunciados, no encontrándose además en territorio nacional.

Ambas decisiones, tanto la de la AN en el caso Tibet, como la del TC en el caso Falung Gong, vuelven a contradecir la doctrina del TS, desautorizada por el constitucional desde el caso Guatemala:

– En el asunto Falung Gong dicha doctrina se desestima, además de por la interpretación que se hace del artículo 23.4 LOPJ, por el hecho de que la única vía procesal a disposición de las víctimas es la aplicación del principio de jurisdicción universal, dada la imposibilidad de enjuiciar estos delitos en la CPI, pues China no reconoce su competencia y como miembro del Consejo de Seguridad de la ONU dispone de derecho de veto sobre cualquier resolución que pudiera dictarse.

– Por su parte, igualmente importante se antoja para el estudio que nos ocupa el auto de la AN acogido en el caso Tibet, ya que, además de analizar la inactividad jurisdiccional china en la persecución del delito, se detiene también en la imposibilidad de intervención de la CPI por ser los hechos acaecidos anteriores a la entrada en vigor del Estatuto de Roma y no ser ni el presunto infractor ni la víctima parte en el mismo, motivo por el que la jurisdicción española manifiesta su competencia.

f) Caso Ruanda-R.D. Congo (crímenes 1990-2002)

En esta misma línea, el 6 de abril de 2005 la AN dictó un auto admitiendo a trámite la querrela interpuesta por el Forum Internacional por la Verdad y la Justicia en el África de los Grandes Lagos contra sesenta y nueve altos cargos del Estado ruandés por los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo y tortura cometidos tanto en Ruanda como en la República Democrática del Congo entre los años 1990 y 2002. En ese período perdieron violentamente la vida nueve misioneros y cooperantes españoles³⁶⁷ que asistían a la población civil hutu en ambos países en medio de una dramática situación humana silenciada³⁶⁸.

366 Una nota sobre este asunto, desde la perspectiva filosófica, puede consultarse en Calvo González, J.: “Jurisdicción universal y genocidios en el Tibet. La Justicia, entre los juncos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 711, 2006.

367 Además de los varios millones de víctimas ruandesas (desde 1990 hasta la fecha) y congoleesas (desde 1996 hasta el presente), junto con otros ciudadanos europeos, canadienses y de otras nacionalidades que han perdido violentamente la vida sin haberse realizado las correspondientes investigaciones criminales, en un clima de la más absoluta impunidad, que no hace más que agudizar y acrecentar el conflicto.

368 La organización internacional *International Rescue Committee* ha puesto de manifiesto que desde el año 1998 hasta 2004 cerca de cuatro millones de personas han perdido la vida a causa de este conflicto armado, después de que el ejército de Ruanda (APR/FPR) liderara la invasión, por segunda vez, de la R.D. del Congo. Asimismo, debe hacerse referencia a las resoluciones del Parlamento Europeo sobre la explotación ilegal de los recursos naturales en dicha R.D. (en especial, las de 15 de septiembre de 1999, 14 de febrero, 4 de julio y 12 de diciembre de 2001, 15, 16 y 23

Uno de los aspectos relevantes de esta decisión, además de reiterar la competencia de la jurisdicción española en tales casos, es la de decantarse por la investigación de la muerte no sólo de los ciudadanos españoles sino también de algunos ruandeses y congoleños, como necesario contrapeso para conocer la dimensión real de lo sucedido. Aunque es evidente la imposibilidad de investigar todos los crímenes cometidos en dicho período en los dos países, el acometerla sobre determinados crímenes de contexto debe servir, según el auto referido, para confirmar o no la “existencia de un sistemático plan de exterminio de una determinada etnia” –la hutu– para imputar un delito de genocidio.

Asimismo, como elemento diferenciador respecto de los casos de Chile, Argentina o Guatemala, en los que se investigaba a responsables de crímenes que ya no se encontraban formalmente en el poder, en el asunto de Ruanda-R.D. Congo los responsables del ejército ruandés del FPR/APR ocupan hoy dicho espacio, así como puestos claves en la administración político-militar ruandesa, tanto la oficial como la secreta, y los crímenes y matanzas se siguen produciendo, con miles de desplazados y víctimas inocentes.

g) Caso Guerra Civil española y caso Holocausto nazi

Por auto del Juzgado Central de instrucción núm. 5 de la AN, de 16 de octubre de 2008³⁶⁹, se afirma la competencia de este tribunal para entender de los crímenes cometidos durante la Guerra Civil española y el franquismo de detención ilegal sin razón del paradero o desaparición forzosa, en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con delitos contra la CE y los altos organismos de la nación³⁷⁰.

Como singularidad, en este asunto cabe destacar que los denunciantes, asociaciones y particulares, no buscaban el establecimiento de responsabilidades penales individuales por los crímenes que hubieran podido cometerse, lo que planteaba un complejo escenario al juzgador que convirtió su argumentación en un interesante y, quizás también, de algún modo, arriesgado andamiaje jurídico, cuyas bases fundamentales fueron dos: de una parte, el elemento de contexto de crímenes contra la humanidad³⁷¹, y, de otra, una amplia interpretación de las reglas de conexividad y de lo dispuesto en el artículo 65.1.a) de la LOPJ.

Por otro lado, iniciado el año 2009, el juez de la AN Ismael Moreno decidió acumular a su investigación una denuncia presentada por la Fundación Acción Pro Derechos Humanos (FAPDH) contra el régimen franquista, al que acusaba de haberse “inhibido” ante las prácticas infligidas por las autoridades nazis a ciudadanos españoles que se trasladaron a Francia tras la Guerra Civil española.

La FAPDH acudió al Juzgado de instrucción núm. 7 de Madrid, justo después de que la AN estableciese que corresponde a los juzgados penales el conocimiento respecto de los crímenes de

de enero de 2003 y 15 de enero de 2004), así como a los cuatro informes del Grupo de Expertos de Naciones Unidas sobre la explotación ilegal allí ocurrida (en especial, los informes S/2001/357, de 12 de abril, y S/2002/1146, de 16 de octubre). En estos informes se ponía de manifiesto –junto con el listado de las personas, organizaciones y empresas halladas responsables– que estas actividades sobrepasan lo que se entiende por explotación ilegal para convertirse en pillaje sistemático, además de advertir de la existencia de un vínculo claro entre ese pillaje y la continuación del conflicto, por entender que la explotación de estos recursos contribuye a financiar los ejércitos y actúa como fuente de abastecimiento para la guerra, de tal manera que el acceso a los principales recursos minerales y no minerales y su control se presentan como una de sus causas principales, con la consiguiente violación reiterada de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Estos hechos, por sí solos, deben ser considerados a todas luces como crimen internacional de guerra de pillaje sistemático y a gran escala.

369 Diligencias previas-procedimiento abreviado 399/2006 V. Esta decisión judicial se enmarcaba en un proceso iniciado a raíz de una serie de denuncias presentadas por distintas asociaciones y particulares a partir de mediados de diciembre de 2006.

370 Sobre este auto, véase el trabajo de Chinchón Álvarez, J.: “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional. Por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad en la Guerra Civil y el franquismo”, *Diario La Ley*, núm. 7054, de 12 de noviembre de 2008, pp. 1-7.

371 El auto destaca que “los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad”.

la Guerra Civil y de la dictadura franquista, cuyo procesamiento venía realizando el juez Baltasar Garzón. No obstante, este tribunal se inhibió a favor del Juzgado Central núm. 2, que dirige Ismael Moreno, quien ya comunicara por medio de providencia la acumulación de esta denuncia a la causa.

Es de significar que, en este caso, la querrela presentada por un superviviente español del Holocausto nazi y los familiares de otras cinco víctimas de los campos de concentración contra los cuatro responsables de las SS residentes en Estados Unidos había contado en su momento con el apoyo de la Fiscalía de la AN, por ser las víctimas ciudadanos españoles.

h) Caso Gaza

En mayo de 2009 el titular del Juzgado Central de instrucción núm. 4 de la AN, Fernando Andreu, decidió seguir adelante con la causa iniciada contra siete responsables militares de Israel, entre ellos el ex Ministro de Defensa Benjamín Ben Eliécer, por un bombardeo efectuado por el ejército hebreo en la franja de Gaza el 22 de julio de 2002 en el que murieron catorce civiles.

El instructor adoptó esta decisión en contra del criterio de la Fiscalía de la AN tras valorar el escrito remitido por las autoridades de Israel, en el que justifican dicha acción militar por la pretensión de proteger a sus ciudadanos ante el terrorismo de Hamás, además de por el hecho de que el Gobierno israelí dispone de “mecanismos independientes” para investigar la acción de sus fuerzas armadas, tesis que en buena medida fue asumida por la fiscalía para solicitar en el mes de abril de 2009 el archivo provisional de la querrela. Entre sus argumentos, resalta el hecho de que España no puede actuar como “una tercera instancia penal”, además de que el ataque había sido objeto de una triple revisión, efectuada por el fiscal general militar, el fiscal general del Estado de Israel y el Tribunal Supremo³⁷².

No obstante, además de tomar como base el principio de jurisdicción universal, el juez instructor de la AN defendió, inicialmente, su capacidad de actuar, pues aunque Israel hubiera abierto una investigación al respecto de la Convención de Ginebra se desprende la competencia “concurrente” de la AN.

i) Caso Guantánamo

Días antes de adoptarse la decisión de continuar la causa por el caso Gaza, en concreto el 29 de abril de 2009, el juez Baltasar Garzón hizo público un auto por el que ordenó abrir diligencias previas para investigar a los posibles “autores materiales, inductores, cooperadores necesarios y cómplices” de los delitos de torturas cometidos en el centro de detención norteamericano de Guantánamo (Cuba) durante la Administración de George W. Bush. Igualmente, el magistrado asumió la decisión en contra de la propia Fiscalía de la AN, que consideraba que la causa debía ser investigada en Estados Unidos.

Para la resolución de la cuestión de competencia planteada por la fiscalía, el magistrado pidió al juez Ismael Moreno que le remitiera la causa que tenía abierta por los vuelos secretos de la CIA en dirección a Guantánamo que hubieran hecho escala en territorio español, por entender que se trataba de antecedentes concretos que afectaban directamente a la investigación.

La decisión de Garzón de abrir la investigación respondió a la denuncia presentada por cuatro presos que aseguraron ser torturados en Guantánamo: Hamed Abderramán Ahmed –conocido como el talibán español–, Lahcen Ikassrien, Jamil Adullatif y Omar Deghayes, acusados en España de pertenencia a organización terrorista, pese a que ninguno de ellos fue condenado por este delito. Los

372 Los familiares de los palestinos fallecidos en el bombardeo denunciaron el caso al Tribunal Superior israelí. Este abrió una investigación que fue cerrada en enero de 2006, al considerar que la operación militar fue “proporcional al objetivo militar de asesinar a (Salah) Shehade”, líder de Hamás contra el que se dirigía el ataque y en base a que el resultado posterior no fue “intencionado”.

cuatro declararon ante el magistrado que habían sufrido torturas durante el tiempo de su detención “bajo la autoridad de personal del Ejército norteamericano”.

En su auto Garzón manifiesta que decidió abrir esta causa al constatar que “de los documentos desclasificados por la Administración norteamericana” se desprende “lo que antes se intuía: un plan autorizado y sistemático de tortura y malos tratos sobre personas privadas de libertad sin cargo alguno y sin los elementales derechos de todo detenido”. Asimismo, detalla que ese plan sistemático configura “la posible existencia de una acción concertada para la ejecución de una multiplicidad de delitos de torturas contra las personas privadas de libertad en Guantánamo y otras prisiones”, como la de Bagram (Afganistán).

En todo caso, cabe significar que tanto la decisión del auto del juez Andreu, para el caso Gaza, como la adoptada más tarde por el juez Garzón, en el asunto Guantánamo, ambas opciones judiciales fueron acogidas al amparo del artículo 23 de la LOPJ, sin embargo tales decisiones, junto con alguna de las anteriormente referidas, reactivaron el debate sobre la necesidad de poner límites a la jurisdicción universal y, al menos en parte, podemos decir que han sido finalmente las causantes del cambio de orientación legal acontecido en España al respecto.

V.2. Legislación y jurisprudencia española a modo de justicia penal universal

A la vera de las decisiones recaídas, la cuestión se centra por tanto en determinar si para llenar las lagunas actuales detectadas en la regulación y aplicación de la CPI la respuesta ha de venir efectivamente de la mano de la justicia universal y, en su caso, si dicha aportación ha de ser complementaria o adicional a la jurisdicción dimanante de la CPI, o bien si debemos procurar salidas alternativas a la situación creada. Para ello destinaremos las siguientes observaciones a tratar de concretar, en primer término, la base y principios legales de la competencia jurisdiccional universal española sobre la que se sustentaron los procedimientos habidos, para, a continuación, contrastar la misma, virtudes y defectos, con los ya mencionados respecto de la CPI, y, a la postre, terminar clarificando las reformas ulteriores aprobadas en España con motivo del establecimiento de ciertos límites a su extensión, al hilo de tensiones, no tanto jurídicas como políticas o ideológicas, nacidas de los problemas diplomáticos sobrevenidos con los estados directa o indirectamente afectados.

a) Postulados legales y principios reconocidos

Como se ha podido inferir del pronunciamiento de la STC 237/2005 fallada en el caso Guatemala, no cabe duda de que el precepto principal sobre el que gravita la legislación de nuestro país al respecto es el artículo 23.4 de la LOPJ, según el cual, de acuerdo con su ya anterior redacción, “será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- Genocidio.
- Terrorismo.
- Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- Falsificación de moneda extranjera.
- Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España³⁷³.

³⁷³ La redacción de este delito, que se mantiene vigente en la actualidad, fue tomada del artículo único de la Ley Orgánica 3/2005, de 18 de julio, de modificación de la LOPJ.

– Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

No es éste, sin embargo, el único precepto de nuestro ordenamiento que afronta la cuestión, pues, de una manera general y a la suerte de lo establecido en el artículo 8.1 del Código Civil³⁷⁴, puede indicarse como regla de fondo en la materia que la jurisdicción penal española tiene atribuida, ex artículos 4 y 9.3 LOPJ, el conocimiento y ejecución de las causas y juicios criminales relativos a todas las personas y en todo el territorio nacional, sin más límites que los derivados del principio de legalidad y de ciertas especialidades subjetivas propias de la CE y normas internacionales suscritas por España (cfr. artículo 23.1 LOPJ).

Como norma rectora, a priori, aparece así el principio de territorialidad (*forum loci commissi*), uno de los bastiones sobre los que, de siempre, se ha cimentado nuestro derecho, en cuanto que la jurisdicción española en el orden penal alcanzará hasta donde se irroque su soberanía³⁷⁵.

Ahora bien, este principio de territorialidad, como anticipamos, no agotaba, ni limita tampoco en este momento, las posibilidades de actuación de la jurisdicción española al convivir con normas también legislativas que, en ciertos supuestos, convierten en viable la actuación de la jurisdicción española más allá de dicho límite territorial. De esta manera, junto a él, nuestro ordenamiento reconoce también como principios válidos, complementarios, el principio de personalidad o nacionalidad activa, regulado en el artículo 23.2 LOPJ³⁷⁶, en virtud del cual se atribuye jurisdicción a los tribunales de un estado para el enjuiciamiento de los hechos realizados por sus nacionales en el extranjero –los ciudadanos se hallan sometidos a la jurisdicción de su país de origen-; el principio real, de defensa, o de protección de intereses, recogido en el artículo 23.3 LOPJ³⁷⁷ y en el artículo 7 del Código Penal

374 Según el artículo 8.1 del Código Civil, “[l]as leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

375 En el mismo sentido, *vid.*, por todos, Cerezo Mir: *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, pp. 248 y ss.; también, Rodríguez y Fernández, R. y Echarri Casi, F.J.: “El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005)”, *Diario La Ley*, núm. 6377, de 13 de diciembre de 2005, p. 1; y, anteriormente, Rodríguez Ramos, L.: “Límites de la jurisdicción penal universal española”, *Diario La Ley*, núm. 5788, de 26 de mayo de 2003.

376 De acuerdo con el artículo 23.2 LOPJ, la jurisdicción española “conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.
- b) Que el agraviado o el Ministerio fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

377 Conforme el artículo 23.3 LOPJ, “[c]onocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.

Militar³⁷⁸, por el que se confiere jurisdicción a las autoridades de un determinado estado para enjuiciar, con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad del autor o autores, determinadas conductas que atentan contra sus intereses esenciales –extiende por ende la jurisdicción nacional a los ataques del estado que sean perpetrados desde territorios extranjeros-; y el valorado principio de jurisdicción o de justicia universal, o simplemente principio universal o de universalidad³⁷⁹, regulado en el referido artículo 23.4 LOPJ, hoy reformado, según cuya significación previa posibilitaba abiertamente a los estados la aplicación de su ley penal respecto de cualquier hecho cometido en cualquier lugar o, al menos, en aquellos lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún otro estado³⁸⁰.

Junto a estos principios, expresamente regulados, podemos referirnos a algún otro no contemplado por nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el principio de personalidad pasiva, por el que la condición de nacional de la víctima sería susceptible de conferir competencia al estado para el enjuiciamiento, como mínimo, de determinados delitos de singular gravedad, aun cuando hubieren sido cometidos fuera de su territorio y por nacionales de terceros estados³⁸¹; o el conocido como principio de beligerancia, por el que el estado beligerante vendría facultado, en virtud del derecho consuetudinario, para enjuiciar a los enemigos considerados responsables de violaciones graves de las leyes y costumbres de guerra.

Vistos a grandes rasgos los principios susceptibles de aplicación³⁸², estimo debemos prestar atención a los específicamente previstos en nuestra legislación. Y así como la LOPJ no contempla limitación alguna al principio de territorialidad, no sucede lo mismo para la aplicación extraterritorial de la ley penal española por nuestros tribunales; en concreto, en los principios de defensa y de justicia universal el único requisito previsto –sin perjuicio de las restricciones introducidas para este último por la jurisprudencia y por la Ley española de Cooperación con la CPI, así como ulteriormente por la modificación llevada a cabo respecto del artículo 23.4 LOPJ– se basa en que el sujeto no haya sido

g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.

h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española.

i) Los relativos al control de cambios”.

378 Según el artículo 7 del Código Penal Militar, “[l]os preceptos de esta Ley son aplicables a todos los hechos previstos en la misma con independencia del lugar de comisión, salvo lo establecido por Tratados y Convenios internacionales”. Para ser sujeto activo de los delitos contenidos en este Código es requisito necesario tener la condición de militar, conforme lo previsto al efecto en la definición del artículo 8.

379 Henzelin, M.: *Le principe de l’universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité*, Bruylant, Bruselas, 2000.

380 Así, Bacigalupo, E.: “Jurisdicción penal nacional...”, cit., p. 259. Desde una concepción amplia, sería aquel por el que se atribuye competencia a las autoridades de un estado que carece de especiales vínculos o nexos de unión con los hechos de cuyo enjuiciamiento se trata, ya sea desde el punto de vista del lugar de la comisión, la nacionalidad de los autores y/o víctimas, o de los intereses o bienes jurídicos lesionados (Rodríguez y Fernández, R. y Echarri Casi, F.J.: “El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal...”, cit., p. 2). Desde esta perspectiva, el principio de universalidad sería aquel título de jurisdicción por el que los jueces y tribunales de un determinado estado asumen competencias para enjuiciar delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin que tal estado pueda considerarse especialmente lesionado (Sánchez Legido, A.: *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 34 y ss.). Otros fundamentan este principio desde el punto de vista ontológico, caracterizándolo como un principio operativo para la represión nacional de delitos especialmente odiosos y, por ello, atentatorios contra intereses esenciales de la humanidad y/o de la comunidad internacional (García Arán, M.: “El principio de justicia universal en la LOPJ”, *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, 2004, p.67). En la doctrina italiana, Florian: *Trattato di Diritto Penale*, 1910, p. 198, había sostenido que el principio universal “*desconoce la variedad de los delitos en los diversos países y la conexión entre la forma de la delincuencia y el grado de civilización de un pueblo*”, mientras que otros autores admitían que el *delincuente nato* podía ser juzgado en cualquier parte (Fedozzi: en *Riv. Italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIII, pp. 240-269).

381 Principio cuestionado por Díez Sánchez, J.L.: *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, 1990, pp. 113 y ss., y 139 y ss.

382 Para cuyo detalle me remito, por su clarividencia al respecto, a la lectura del FJ 3º de la STS de 21 de junio de 2007, que otorga la competencia a los tribunales españoles para juzgar a los “*patrones*” de un cayuco descubierto en aguas internacionales por delito de tráfico de inmigrantes.

absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena; mientras que en el principio de personalidad activa se exige, además, la punibilidad en el lugar de comisión, salvo que se excepcione por el derecho internacional.

No obstante, debe tenerse también presente que cada una de las conductas delictivas reseñadas en el ex artículo 23.4 LOPJ, a los efectos del principio de justicia universal, contienen límites en cuanto a su persecución y enjuiciamiento derivadas de sus propios convenios reguladores³⁸³, además de las que por vía de reforma legislativa ha sido objeto posteriormente y sobre las cuales incidiremos a continuación, una vez expuesta la doctrina sentada en los fallos comentados y las limitaciones que tanto desde el ámbito jurisprudencial como desde la aprobación de la citada Ley de Cooperación con la CPI habían ido evidenciándose.

b) Doctrina y limitaciones jurisprudenciales

Como puede presumirse de lo expuesto, si de alguno de los sumarios reseñados debemos desentrañar la doctrina y posibles limitaciones jurisprudenciales en torno a la justicia universal este no es sino el tan traído y llevado asunto Guatemala, donde el TC critica y censura la interpretación restrictiva que del ex artículo 23.4 LOPJ realizaron, en instancias previas, tanto la AN como el TS. Así, mientras la AN había negado su competencia por entender que la misma debería recaer en los tribunales guatemaltecos en base a una infundamentada aplicación subsidiaria del principio de justicia universal³⁸⁴, modalizada posteriormente en otros asuntos por el TS hacia el principio de concurrencia³⁸⁵, este último tribunal se decantó finalmente por rechazar dicho criterio e introducir la necesidad de conexión con intereses nacionales españoles, posicionamiento seguido a posteriori, aunque con cierta atenuación, por otros fallos del mismo tribunal³⁸⁶.

Sin embargo, ese exacerbado rigorismo de los criterios aplicados por la AN y por el TS redundaba en su palmaria incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, que el TC estima vulnerado en su vertiente de acceso a la jurisdicción –doctrina reiterada por la STC de 22 de octubre de 2007 en el caso Falun Gong–, por lo que anula la jurisprudencia, anterior y posterior, del TS y contraría el principio de subsidiariedad manejado por la AN en el caso Guatemala y reiterado en el caso Scilingo, oponiendo a su vez el de concurrencia, principio por el que se cede la competencia a una jurisdicción concurrente preferente como la del territorio, sin implicar por ello obligatoriedad alguna de que el denunciante acredite de forma plena la imposibilidad legal o la prolongada inactividad judicial, como así se exigía desde la AN. Asimismo, el TC niega la existencia en derecho internacional consuetudinario de límites al ejercicio unilateral, no reconocido en convenio internacional, del principio de jurisdicción universal, como así venía justificando el TS³⁸⁷, y rechaza sin tapujos la exigencia de conectividad o puntos de conexión, como la nacionalidad de la víctima, vínculos con intereses españoles o la presencia del inculpaado en territorio español.

En palabras del propio TC, que califica los anteriores límites como requisitos establecidos contra legem y alejados del propio fundamento y fines del principio de universalidad, la vulneración del

383 Así, *ad exemplum*, en materia de terrorismo, el Convenio europeo para la represión del terrorismo (Estrasburgo, 21 de enero de 1977) y el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999); y en materia de piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970) y el Convenio sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971).

384 Ni la legislación española ni el derecho internacional consuetudinario acogen dicha posibilidad, argumentada por la AN en la ausencia de normas en Guatemala que sancionen la impunidad.

385 Cesión de la competencia a una jurisdicción preferente cuando la misma efectivamente haya iniciado la persecución del delito [SSTS 20 mayo 2003 (caso Perú) y 15 noviembre 2004 (caso Scilingo)].

386 SSTS 8 marzo 2004 (caso Gral. chileno Brady Roche) y 15 noviembre 2004 (caso Scilingo).

387 Un comentario sobre la doctrina del TS vertida en el caso Guatemala lo encontramos en Pardo Gato, J.R.: “El papel de los abogados ante la jurisdicción universal...”, cit., pp. 187-194; Rueda Fernández, C.: “La boicoteada consolidación del principio de jurisdicción universal en el ámbito del ordenamiento jurídico español: el “Genocidio Maya” ante el Tribunal Supremo”, *Boletín Aranzadi Penal*, núm. 6, 2003.

derecho a la tutela judicial efectiva viene dada al excluir la posibilidad de interpretaciones más laxas y acordes con el principio pro actione, entendido como “de obligada observancia por Jueces y Tribunales, que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida”³⁸⁸.

De esta manera, siguiendo los postulados del intérprete constitucional, y dada la inexistencia de los procesos in absentia en nuestra legislación³⁸⁹, el que la presencia en territorio español del presunto responsable constituya un requisito insoslayable para el respectivo enjuiciamiento y eventual condena, no debería llevarnos, al menos por aquel entonces, a erigir dicha circunstancia en requisito sine qua non para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, habida cuenta de que se estaría sometiendo el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de profundo significado no contemplada hasta ese momento legalmente.

Otro tanto cabría inferir respecto de la nacionalidad de las víctimas, pues además de incorporar un requisito añadido no previsto de aquella por la normativa legal, tampoco podía considerarse como teleológicamente fundado, por cuanto particularmente en relación con el genocidio contradice la propia naturaleza de este delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual se presentaba así restringida, cuando no cercenada, de origen.

Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio jurisprudencial del interés nacional argüido en contrario, pues el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales a la concurrencia de intereses de ámbito estrictamente nacional no resulta cabalmente conciliable con el fundamento perseguido de universalidad jurisdiccional, conforme lo sentado así por el Alto Tribunal.

En la referida pugna hasta la fecha servida por nuestros jueces y magistrados, el TC parece haberse decantado, por tanto, a favor de las tesis que podemos considerar como posiciones universalistas, aquellas que, reivindicando una justicia universal para evitar la impunidad de los más horribles crímenes contra la humanidad y el *ius gentium*, comprueban como sus postulados se positivizan en el derecho y en la realidad internacional con toda la firmeza del *ius puniendi*; posicionamiento, eso sí, asumido con carácter previo a la reforma sufrida por la ley judicial española.

Salvaguardando no obstante el principio de territorialidad³⁹⁰, con esta importante sentencia, de obligada traslación al resto de sumarios hasta ese momento abiertos y respecto a la toma de decisiones judiciales posteriores que fueron haciendo suyas una a una su doctrina –cfr. SSTs de 8 de marzo de 2004, caso Gral. Brady Roche; 15 de noviembre de 2004, caso Scilingo; 11 de diciembre de 2006, Caso Couso; 18 de julio de 2007, caso Cavallo; o la propia STC de 22 de octubre de 2007, caso Falun Gong; entre otras–, el TC parecía querer mostrar así, en un sentido conclusivo desde el punto de vista jurisprudencial, el concepto y extensión legal del ex artículo 23.4 LOPJ de la jurisdicción universal, partiendo de nuestro propio marco normativo de actuación, al considerarla como potestad jurisdiccional y atribución competencial ilimitada, material, subjetiva y territorial de los juzgados y tribunales españoles, en particular de los Juzgados Centrales de Instrucción de la AN y su Sala de lo Penal³⁹¹, de conformidad con las normas sobre competencia y procedimiento del ordenamiento jurídico español contempladas hasta entonces para el conocimiento y fallo de los delitos contenidos en dicho precepto.

388 *Vid.* SSTC 133/2005, de 23 de mayo; 122/1999, de 28 de junio; o 168/2000, de 29 de septiembre.

389 Esto es, no puede juzgarse a una persona que se encuentre fuera de España [*vid.* STEDH de 12 de diciembre de 2001 (*caso Bankovic v. 17 Estados miembros*)].

390 Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*, II, núm. 768, 4ª ed., 1977, p. 759, considera que el principio de universal es “*inaplicable como doctrina absoluta, y sólo puede defenderse como principio complementario de la territorialidad, para aquellos delitos que lesionen la comunidad de intereses*”.

391 En palabras de Trillo Navarro, J.P.: “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4.g) LOPJ”, *Diario La Ley*, núm. 6354, 8 de noviembre de 2005, p. 10.

c) Limitaciones derivadas de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional

El acotamiento de las limitaciones del principio de justicia universal por el TC no impide, por el contrario, que la promulgación de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI, por la que se ha adaptado la normativa del Estatuto de Roma al sistema jurídico español, haya traído consigo sus propias limitaciones a este principio, en un avance parcial a lo que más tarde desembocaría en la modificación de la LOPJ; las cuales van más allá de las establecidas por el Constitucional, por cuanto el artículo 7.2 de esta ley cede a los efectos la competencia a la CPI³⁹², si bien es de considerar que será el juez español ante el que se interponga la denuncia correspondiente el que deberá determinar, en un primer momento, si la CPI puede o no ser competente para juzgar los hechos, teniendo en cuenta sus propias limitaciones jurisdiccionales, por lo que el juzgador nacional deberá atender no sólo a la naturaleza del delito denunciado, sino también a los criterios de competencia derivados del lugar y tiempo de comisión del delito³⁹³.

De hecho, esta última matización fue la razón de fondo que movió al legislador a incorporar un nuevo párrafo, el tercero, en el seno de dicho precepto (“...si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes”), lo que, sin embargo, tampoco aportaba una solución definitiva al efecto, quedándose en un mero intento por facilitar una salida a la víctima o víctimas ante la eventualidad de que la CPI no llegase a admitir el asunto.

Así, pues, la aprobación de Ley Orgánica 18/2003 sólo sirvió para modificar indirectamente los términos de la regulación española del principio de justicia universal, al no haber trastocado, por ella misma, la redacción del artículo 23.4 de la LOPJ. Sí se introdujeron, dadas las modificaciones señaladas, ciertos límites por medio de una técnica legislativa poco plausible: se pretendía que en asuntos que pudieran entrar en el ámbito de cognición de los órganos de la CPI, los propios jurisdiccionales españoles, por su parte, no quedarían facultados para ejercer su particular jurisdicción, salvo que la Corte hubiera declarado inadmisibile el asunto, con lo cual –junto con el desconocimiento en ocasiones del efecto de cosa juzgada de las sentencias penales, cual es una de las causas de inadmisibilidad–, esta disposición entendía al revés la posición complementaria de la CPI³⁹⁴.

Como es obvio, se encontraban fuera de estas restricciones los casos anteriores a la entrada en funcionamiento de esta ansiada institución internacional y aquellos asuntos alejados de los márgenes de la competencia definida en los artículos 5 y siguientes del ECPI.

c) La reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Tal y como hemos podido comprobar, desde 1985 la Ley jurisdiccional española, dedicada, entre otros aspectos, a la extensión y límites de dicha jurisdicción, previó que los juzgados y tribunales españoles, de acuerdo con las normas de competencia y procedimiento, guardarían facultad procesal incluso para conocer de asuntos penales en los que la comisión delictiva no hubiese tenido lugar en el territorio español, ni los imputados fueran ciudadanos españoles, ni siquiera las víctimas lo fueran y aun los bienes jurídicos susceptibles de afectación no tuvieran directa relación con España, siempre y cuando se tratara de determinadas categorías delictivas singularmente graves y de trascendencia

392 Este precepto dispone lo siguiente: “Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio fiscal o una solicitud de un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio”.

393 Así, Gil Gil, A.: “Jurisdicción de los tribunales españoles...”, cit., p. 78; al respecto, puede consultarse igualmente su trabajo *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999, pp. 67 y ss.

394 En este sentido, Bujosa Vadell, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la jurisdicción española”, *Diario La Ley*, núm. 7289, de 4 de diciembre de 2009, pp. 8 y 9.

especial para la dignidad humana. A esta concreción legal del principio de universalidad, sin mayores matizaciones, parece responder la doctrina constitucional comentada.

Sin embargo, tanto las limitaciones jurisprudenciales controvertidas, sentadas o no desde el TC, como las limitaciones indirectas de que fue objeto la justicia universal por la Ley de Cooperación con la CPI, u otras razones de índole de economía procesal o de gestión pública de recursos ilimitados –como la dificultad en la entrega del acusado que lleve a un posible sobreseimiento de la causa³⁹⁵–, han llevado al legislador español a replantearse la situación preexistente y a decantarse por una reforma de mayor repercusión de la justicia universal, a través de la decidida modificación del artículo 23.4 de la LOPJ.

En cualquier caso, es de reconocer que las causas aludidas, pese a tener cierto peso en esta voluntad legislativa, no fueron sin duda las definitivas de la misma, toda vez que debe buscarse en razones de presión política –al igual que lo llevara a cabo en su día el legislador belga– la modificación operada, como así lo demuestra el hecho de que no haya nacido de un anteproyecto de ley aprobado por el Gobierno, sino que obedece a una enmienda presentada por los grupos parlamentarios Socialista, Popular, Convergencia i Unió y EAJ-PNV, durante la tramitación parlamentaria del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial³⁹⁶.

En efecto, esta transformación del principio de justicia universal surge, ni más ni menos, que al calor del debate social, pero sobre todo político, del complejo reflejo ocasionado de las relaciones internacionales encontradas, a sabiendas de que cuando nos situamos ante hechos susceptibles de ser calificados como genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo, etc., la política no deja de estar presente ante los contrapesos diplomáticos generados, en muchas ocasiones porque los principales imputados suelen ser altos cargos políticos o líderes militares de un determinado país³⁹⁷. Por ello, cualquier acusación proveniente de la jurisdicción de otro estado se ve como una injerencia o inmisión en los asuntos políticos internos del estado soberano afectado, directa o indirectamente, por la acusación formulada.

Sobre el papel, en el preámbulo de la Ley Orgánica complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial³⁹⁸, se mencionan dos de los motivos que llevan al legislador a proponer la modificación del artículo 23.4 LOPJ:

1. Por un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban hasta el momento incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del derecho internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra.

395 En este tipo de procesos penales las normas españolas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impiden el procesamiento sin la presencia física del acusado y no sólo de su abogado, como una manifestación especialmente reforzada del principio de contradicción y de la defensa material del sujeto pasivo del proceso. Por ello, y según señala Bujosa Vadell, L.M. (“En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 8), “bien pudiera suceder, como realmente es frecuente que suceda, que cuando se inicia la investigación procesal con base en este fundamento jurisdiccional lo imputados ni siquiera se encuentran dentro de las fronteras españolas y, por tanto, fuera del alcance de nuestras autoridades si no es a través de mecanismos de cooperación interestatal como es principalmente la extradición. Así pues, si no se obtiene la entrega del acusado o por alguna razón éste no se encuentra en España, la tramitación procesal no podrá seguir y la solución jurídica no podrá ser otra que un sobreseimiento provisional, haciendo poco menos que vanos los esfuerzos investigadores anteriores”.

396 *BOCG* de 5 de junio de 2009, enmienda núm. 676.

397 Con motivo del caso Gaza y los problemas diplomáticos surgidos con el Gobierno de Israel, la propia ex Ministra de Relaciones Exteriores anunciara en los medios de comunicación que tras una llamada a su sucesor en el cargo este le manifestó que el Gobierno de España “trabaja para intentar cambiar la ley con el fin de limitar la jurisdicción de los tribunales españoles para investigar delitos de genocidio cometidos fuera de España” (“De la Vega cree que Israel entiende la independencia de la Justicia Española”, *Diario El Mundo*, elmundo.es, 30 de enero de 2009).

398 *BOCG*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 28-5, de 28 de octubre de 2009.

2. Por otro, adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del TC y la jurisprudencia del TS.

En cuanto a este último extremo, en realidad el legislador debiera haber dicho que lo que pretende, en puridad, es adaptar y clarificar la norma a la doctrina de la mayoría de los magistrados del TS, que en su día dejó sin efecto la unanimidad de los magistrados del TC³⁹⁹.

A mayores, no cabe perder de vista dos razones más formuladas en el seno del Congreso por los portavoces de los dos partidos mayoritarios, que vienen a confirmar los argumentos esgrimidos:

1. Que con la reforma se pretende homologar nuestra legislación con la de los países de nuestro entorno.

2. Solventar la “problemática que muchas de las sentencias (...) afectaban a nuestras relaciones internacionales, generando a veces conflictos diplomáticos”⁴⁰⁰.

A todos estos motivos parece querer responder la redacción actual del artículo 23.4 LOPJ, cuyo tenor literal, en contraste con el texto anterior del precepto, es el que sigue: “Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”⁴⁰¹.

399 Así, también, Del Carpio Delgado, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, núm. 7307, de 21 de diciembre de 2009, p. 2.

400 Villarrubia, J. (PSOE) y montserrat, M. (PP), *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria, núm. 90, de 25 de junio de 2009.

401 A continuación, el artículo 23.5 LOPJ dispone lo siguiente: “Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo”.

De esta nueva regulación del precepto se evidencian cuatro principales requisitos para el desarrollo de la justicia universal:

1. En primer término, el ejercicio de la jurisdicción universal queda reservado para determinados delitos.

En este sentido, téngase en cuenta que, con relación a la regulación anterior, desaparece la mención expresa a los delitos de falsificación de moneda extranjera, si bien debería entenderse que podrá seguir siendo objeto de persecución en aplicación de la cláusula contenida en la letra h) y de conformidad con lo previsto en el Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 para la represión de la falsificación de moneda.

Se incorpora ya expresamente la persecución de los delitos de lesa humanidad, lo que sin duda es de elogiar, pero, por el contrario, no sé entiende bien por qué no se hizo lo mismo con los crímenes de guerra, mención que desapareció del texto final de la norma cuando inicialmente se había barajado su más que razonable inclusión⁴⁰².

Empero, debe quedar claro que junto con los delitos enumerados en el artículo 23.4 LOPJ, el principio de justicia universal queda reservado para la persecución de los delitos que lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por la comunidad internacional, por tanto también, entre ellos, los que según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deban ser perseguidos en España, además del delito de blanqueo de bienes según establece el artículo 301.4 del Código Penal.

2. Como segundo requisito se sitúa el que los presuntos responsables de los delitos a que nos hemos referido en los párrafos anteriores se encuentren en España, “con lo que de presupuesto para la apertura del juicio oral pasa a convertirse en presupuesto para el ejercicio de la jurisdicción”⁴⁰³.

A este respecto, entre los elementos problemáticos a destacar de la nueva redacción de la norma se encuentra el determinar quién debe acreditar que el sospechoso en cuestión se halla en territorio

402 Como pone de manifiesto Del Carpio Delgado, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 3, la respuesta a esta ausencia de regulación expresa de los crímenes de guerra parece encontrarse en las prisas de la mayoría parlamentaria en limitar el ejercicio de la jurisdicción universal: “Como adelantamos, en la enmienda presentada al Anteproyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, en la que tiene su origen esta reforma, aparecía en la letra a) del art. 23.4 LOPJ los delitos de genocidio y lesa humanidad. Sin embargo, en el debate de la Comisión, el representante del grupo parlamentario socialista justificaba la propuesta de modificación del art. 23.4 LOPJ, en la incorporación de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 315, Sesión núm. 16, celebrada el jueves 18 de junio de 2009). En el informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados, aparece la aceptación de la propuesta de modificación del apartado 4, letra a), para que aparezca, junto a los delitos de genocidio y lesa humanidad, los crímenes de guerra (*BOCG*, núm. 28-1, 24 de junio de 2009, p. 2). Es así, como tanto en el Proyecto aprobado por el Pleno del Congreso el 25 de junio (*BOCG*, núm. 28-3, 6 de julio de 2009, p. 3), como en el proyecto remitido al Senado [*BOCG*, núm. 18(a), 6 de julio de 2009, p. 3], aparecen expresamente los crímenes de guerra. Sin embargo, en el debate de la Comisión de Justicia del Senado, el representante del grupo parlamentario popular argumentó que el texto remitido por el Congreso de los Diputados no se correspondía con lo aprobado por esa Cámara, en la medida que *nunca* la Comisión de Justicia del Congreso aprobó tal cosa, y *nunca* el pleno de aquella Cámara aprobó una justicia universal que versa sobre los crímenes de guerra. Llegados a este punto, según el senador popular, entre las distintas opciones que tenían para solucionar el problema, eligieron presentar una enmienda transaccional y *arreglar las cosas sin tanto ruido ni tanta alharaca* (*Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Justicia, núm. 202, 15 de octubre de 2009). Es así como tanto en la Comisión de Justicia del Senado [*BOCG*, núm. 18(d), 7 de octubre de 2009, p. 57] como en la Sesión del Pleno del mismo, se aprueba la versión original de la propuesta de reforma en la que sólo se hacía referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad (*Diario de Sesiones del Senado*, Sesión núm. 54, 7 de octubre de 2009). El Pleno del Congreso de los Diputados, no modifica esta situación al aprobar las enmiendas del Senado en su integridad, aunque al legislador se le escapa una circunstancia. El Preámbulo de la Ley, el número III, sigue diciendo que la modificación del art. 23.4 LOPJ se realiza *para incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del derecho internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra*”.

403 Bujosa Vadell, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 9.

español, si bien parecería lógico pensar que han de ser precisamente las autoridades quienes deban acreditar tal circunstancia⁴⁰⁴.

3. Que existan víctimas de nacionalidad española, con lo que se confunde el principio de jurisdicción universal con el de personalidad pasiva.

4. Y, por último, la constatación de algún vínculo relevante con España, requisito ahora legal exigido previamente por la jurisprudencia ordinaria. Sobre este aspecto el nuevo precepto cumplirá sólo de manera limitada el objetivo de evitar conflictos diplomáticos, principalmente con países de nuestro entorno cultural, pues es claro que con ellos existe un evidente vínculo de conexión relevante⁴⁰⁵.

Es importante subrayar que los tres últimos requisitos mencionados actúan alternativamente, esto es, se trata de condiciones alternativas no cumulativas, no siendo necesaria, por ende, la concurrencia de todos ellos. Es obligado, no obstante, indicar que junto con uno de esos requisitos para que sea viable la justicia universal deberemos estar ante alguno de los delitos que el artículo 23.4 LOPJ reserva para la misma.

Por último, en cuanto al principio de subsidiariedad, si existe un elemento en el que tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional están plenamente de acuerdo, es en el reconocimiento de la prioridad de los tribunales del lugar donde se cometieron los hechos. Como puso de manifiesto el Secretario General de Naciones Unidas en un informe sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos⁴⁰⁶,

La comunidad internacional no debe construir sustitutos internacionales de las estructuras nacionales, sino que debe ayudar a los países a consolidar sus sistemas nacionales de administración de justicia con arreglo a las normas internacionales. Si esta declaración se llevara a la práctica:

a) si la comunidad internacional contribuyese a que sean los propios tribunales del país donde se cometieron los hechos quienes procesen a los presuntos autores de los mismos, y

b) si existiese capacidad y voluntad de reprimir esos hechos por parte de los Estados donde se cometieron los hechos, no habría razones para que los tribunales de terceros países ejerzan su jurisdicción sobre hechos con los que no tienen ninguna conexión, salvo el que se trata de ataques contra bienes jurídicos esenciales para toda la comunidad internacional o la comunidad internacional decidiese el establecimiento de tribunales penales internacionales.

Pues bien, antes estos antecedentes, la nueva redacción que ofrece el artículo 23.4 LOPJ determina un criterio de prioridad para los tribunales nacionales o internacionales donde se esté “investigando o persiguiendo” los hechos, en detrimento del ejercicio jurisdiccional que han venido asumiendo los tribunales españoles, en especial la AN. Hablamos de un criterio o principio de subsidiariedad ineludible, de obligado cumplimiento, en aras a evitar una eventual duplicidad de procesos o la vulneración del principio *ne bis in idem*, habida cuenta de que se exige a los juzgados y tribunales españoles tener siempre presente los efectos de litispendencia o cosa juzgada penal internacional, pues no es posible el ejercicio de la jurisdicción española si en algún otro “país competente o en el seno de un Tribunal internacional” se ha iniciado un proceso penal efectivo por tales hechos.

Los problemas que suscita la aplicación de este principio son variados y de difícil clarificación. En principio, la exigencia de que los hechos deban estar siendo investigados o perseguidos efectivamente en otro tribunal implica que no sea suficiente con que exista una “posibilidad” de que

404 De este parecer, Del Carpio Delgado, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 5, *in fine*.

405 Bujosa Vadell, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 9.

406 De este informe se hacen eco Sánchez Legido, A.: *La práctica española en materia de jurisdicción universal* (<http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/03Materiales/ART%C3%8DCULOSPBYBIL.doc>), p. 17; así como la propia Del Carpio Delgado, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 8.

cualquier juzgador pueda libremente indagar, de tal modo que la investigación debe estar en curso y su persecución ha de ser efectiva. Sin embargo, no se establece cómo y quién deberá acreditar tal exigencia, pues podría darse el contrasentido de que cualquier tribunal nacional, por ejemplo, abra una investigación con la única finalidad de asegurar la impunidad de sus propios nacionales, alterando de esta manera lo que debieran ser las reglas de juego. Así, la determinación de la efectividad del proceso penal anterior bien pudiera quedar a la valoración concreta del órgano jurisdiccional competente español⁴⁰⁷, ante cuya decisión puede haber implicadas, de nuevo, distintas posiciones que enturbien o afecten a las relaciones diplomáticas; o bien que la obligación de acreditar la inexistencia de una investigación o procesamiento ante un tribunal nacional o internacional corresponda de oficio al órgano jurisdiccional que deba conocer de la correspondiente denuncia o querrela, sin perjuicio de que los denunciados o querrelados se hallen facultados para aportar alguna prueba al respecto⁴⁰⁸.

Por otra parte, si la consecuencia inmediata del inicio de otro proceso ante otro tribunal resulta ser el sobreseimiento provisional de la causa, otros interrogantes afloran ante la nueva regulación, pues ¿qué seguridad existe de que la apertura de ese procedimiento en el mismo país donde se cometieron los hechos no se realiza para garantizar la impunidad de los mismos?; ¿podrían contentarse, por ejemplo, los tribunales españoles con la apertura formal del procedimiento para decretar el sobreseimiento?; o bien, por el contrario, ¿se deberían utilizar ciertos mecanismos para asegurarse de que dicha decisión no supone una forma de obtener cierta impunidad?⁴⁰⁹.

A todo ello, ya de por sí complejo, habría que añadir las consecuencias del derecho a la tutela judicial efectiva que el TC advierte en estos supuestos, por lo que, por tanto, en caso de duda, parece que deberá primar el principio *pro actione*, “un factor más pues –como señala Bujosa Vadell– para concluir que la reforma no es tan restrictiva como lo ha sido en otros ordenamientos”⁴¹⁰.

VI. CORTE PENAL INTERNACIONAL VERSUS AUDIENCIA NACIONAL

VI.1. Elementos positivos y negativos a ponderar entre ambos tribunales

Con independencia de la solución final adoptada por el ordenamiento jurídico español respecto del principio de justicia universal y su plasmación en el nuevo artículo 23.4 LOPJ, de las limitaciones competenciales referidas a lo largo del presente trabajo, tanto de la CPI como de la justicia universal española, personalizada en la AN, se hace necesario coherer las mismas respecto a los delitos contra la comunidad internacional en los que puedan concurrir ambas jurisdicciones⁴¹¹, a tenor del carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones penales nacionales (artículo 1 ECPI, que se completa con la proclamación de su preámbulo: “... es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”; ello sin perjuicio de lo establecido al respecto por la Ley 18/2003, como hemos indicado). Y es que, en relación a los aspectos negativos que se irradian de la competencia jurisdiccional de la CPI, cabría inferir a sensu contrario elementos positivos a favor de la jurisdicción universal española depositada en la AN, y viceversa.

Con ánimo de recapitulación, la CPI, en principio, no es competente si el delito se cometió con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto (artículo 11 ECPI), por lo que no estaría capacitada para enjuiciar los delitos cometidos previamente al 1 de julio de 2002, y para lo que, en su caso, sí estaría facultada la AN, siempre y cuando se den los condicionantes exigidos por el artículo 23.4 LOPJ.

407 Así lo entiende Bujosa Vadell, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 9.

408 En este sentido, Del Carpio Delgado, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 8.

409 Preguntas que deja en el tintero Del Carpio Delgado, J., ante la nueva redacción del artículo 23.4 LOPJ (cfr. “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 8).

410 Cfr. “En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 9.

411 Para una delimitación competencial –cronológica, orgánica y sustantiva– entre la CPI y la AN, *vid.* Salás Darrocha, J.T.: “Corte Penal Internacional y Audiencia Nacional: delimitaciones competenciales”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19, 2006.

En segundo lugar, la CPI tampoco es competente si el estado en el que se cometió el delito ni aquél cuyo nacional lo cometió son parte en el Estatuto ni otorgan su consentimiento (artículo 13 ECPI), aspecto que nada influye, de por sí, respecto de que la AN pueda mostrar, en su caso, su vis atractiva. En este sentido, pocas advertencias merece el hecho de que los países más poblados no hayan suscrito el Estatuto, en tanto que la relevancia de su exclusión por sí misma se define.

Escasas igualmente son las consideraciones que cabe ponderar ante la incompetencia en delitos como la agresión o el terrorismo, al que cada vez en mayor medida se hallan más expuestos los ciudadanos del mundo, delitos sobre los que la AN no deja de mostrarse competente, incluso respecto de los considerados de lesa humanidad, una vez efectivamente incorporado a la redacción del artículo 23.4 LOPJ. Aunque pudiera pensarse en la inadecuación del delito de genocidio con anterioridad al 1 de octubre de 2004 –fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003–, lo cierto es que su inserción debe relacionarse con la adhesión de España al Convenio para la prevención y la sanción del mismo, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 12 de diciembre de 1968, incorporándose al Código Penal por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre⁴¹²; razón por la que nos reafirmamos en la posibilidad que la AN ostenta de proceder por delito de lesa humanidad debido a conductas anteriores al 1 de octubre de 2004, lo que, como sabemos, no es posible acogiéndose a la jurisdicción de la CPI.

Por otro lado, puede decirse que la participación de las víctimas contemplada por la CPI, recogida en las reglas 89 a 98 del Reglamento de Procedimiento y en los artículos 68 y 75 del Estatuto –así como en otras disposiciones dispersas–, es muy inferior a la establecida por nuestra propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde sí resulta perfectamente posible ejercer la acusación penal, además de exigir la responsabilidad civil correspondiente, desde el mismo inicio del procedimiento, lo que sitúa a las víctimas en un nivel de exigencia, de protección y de demanda notablemente superior, indispensable desde cualquier punto de vista si lo que se persigue es un resarcimiento lo más pleno posible al grado de sufrimiento o pérdida padecido⁴¹³.

El hecho de que el representante de las víctimas no pueda ejercer de acusador –“acusar”– colisiona seriamente con las posibilidades que a este respecto otorga el derecho español⁴¹⁴, y ello pese a reconocer, sin ambages, que el Reglamento de la CPI ha supuesto un importante avance en el derecho de participación de las víctimas comparativamente hablando con el dispuesto por el sistema del common law, donde las limitaciones se presentan si acaso más acusadas.

Estas razones avalan que nos encontremos en un momento de la historia crucial desde el prisma del acercamiento jurídico internacional, ya sea en su caso a través de la CPI, desde la AN o desde cualquier otra jurisdicción admitida internacionalmente, como puede ser en su caso el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴¹⁵, en el que tanto las víctimas como los que ejercen su defensa, así como el resto de conciudadanos del mundo en general, habremos de consolidar nuestro más

412 Sobre su modificación conceptual por la STC de 7 de noviembre de 2007, que declara la inconstitucionalidad de la expresión contenida en el primer inciso del artículo 607.2 CP, cuando castiga la difusión de ideas o doctrinas “que nieguen” un delito de genocidio, *vid.* De la Rosa Cortina, J.M.: “Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional”, *Diario La Ley*, núm. 6842, 17 de diciembre de 2007.

413 Lo que ha llevado a algunos a manifestar que, en la práctica, la representación de las víctimas se ejerce desde las ONGs y sus abogados (Bernardo Ródenas, S.: “Algunas notas en relación a la CPI y su funcionamiento en relación con el derecho de las víctimas”, *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso...*, *ob. cit.*, p. 93; para mayor abundamiento, *vid.* García Ruiz, C.R.: *ONGs y Derecho internacional: Su influencia en la elaboración de las normas internacionales*, Iustel, Madrid, 2006).

414 Desde el punto de vista de la acusación del Ministerio Fiscal español, *vid.* Castresana Fernández, C.: *La figura del acusador público ante el principio de justicia universal*, Madrid, 2001.

415 *Vid.*, por ejemplo, la STJCE de 15 de febrero de 2007, ante una acción ejercitada contra un estado contratante por los derechohabientes de las víctimas de masacres de guerra causadas por sus fuerzas armadas en otro estado contratante. Un comentario a la misma puede consultarse en Andrés Sáenz de Santamaría, P.: “Reparaciones de guerra, actos *iure imperii* y Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 15 de febrero de 2007 en el asunto *Lechouritou y otros c. República Federal de Alemania*”, *Diario La Ley*, núm. 6745, 29 de junio de 2007, pp. 1 y ss.

firme convencimiento en que la sociedad organizada actual parece haber encontrado los necesarios contrapesos a los peores desatinos.

Y es que no debemos olvidar que, hasta el día de hoy, la justicia universal ha dado, quizás, sus mayores pasos, decisivos por otra parte, en este caso no a manos de quien podría entenderse, en principio, como legítimo acreedor de sustanciación jurídica, la CPI, sino de un tribunal más cercano y proclive, al menos en los últimos tiempos, en defender los derechos allá donde se conculquen –nuestra AN⁴¹⁶–, lo que, paradójicamente, más que un rechazo hacia ese Tribunal internacional ha contribuido a su vez a crear un clima favorable a su instauración.

VI.2. Mejoras a introducir en el funcionamiento de la Corte Penal Internacional

A la hora de entrar a dilucidar los más horrendos y execrables crímenes internacionales no cabe por menos señalar, a título de demanda, las necesidades que el propio presente y futuro inmediato nos exige, máxime conocedores de que la AN no puede convertirse en un sucedáneo de la CPI, por muy buenas intenciones y razones que se esgriman, al no gozar de la capacidad necesaria –ni material, ni jurídica, ni política– para afrontar una tarea de tal envergadura, tal y como lo ha venido a corroborar, por otra parte, la reforma de la LOPJ.

Esta Corte ha supuesto, sin duda, un paso positivo en el establecimiento de una justicia común que trasciende los límites de cada estado. Superada así la experiencia de tribunales internacionales nacidos al calor de contiendas y para delitos derivados de las mismas, con una competencia temporal y sustantiva limitada, el nacimiento de la CPI se traduce en el primer gran intento por la armonización de un derecho general y el reconocimiento de la necesidad de plantear un escenario de justicia independiente más allá de las coyunturas.

Sin embargo, todo avance que se precie –y más los que se fraguan en el concierto de naciones diversas con intereses muchas veces enfrentados e influencia dispar– suele generarse con pasmosa lentitud y exige normalmente un largo período de desarrollo, de maduración, hasta que se afinan sus engranajes y se armonizan consensuadamente los motivos iniciales de aquellos que se presentan como acreedores y partícipes.

Es por ello por lo que, en la progresiva adaptación a la realidad mundial, además de la necesaria intensificación de la cooperación en materia procesal penal a nivel europeo e internacional⁴¹⁷, parece oportuno dejar reflejadas ciertas posibles mejoras a incorporar en el funcionamiento y efectividad de la CPI⁴¹⁸, con afán no sólo de constancia sino, fundamentalmente, de velado manifiesto de concienciación por aquellos estados, instituciones u organismos que tengan competencias al efecto:

– Urge, así, la firma y ratificación de su Estatuto por todas las naciones y, en especial, las de nuestro entorno más cercano, lo que debe ser instado, sin cejar en ese empeño, no sólo desde los

416 Como resalta Cid Cebrián, M.: “Hacia una justicia universal”, *Otrosí*, núm. 71, diciembre 2005, p.47, “*nuestra Audiencia Nacional empieza a ser tanto o más que la CPI una esperanza para tantas víctimas desprotegidas, al menos de nuestro mundo más próximo cultural y afectivamente hablando*”.

417 Al respecto, *vid.* Monteiro Guedes Valente, M.: “La cooperación en materia procesal penal. Los engaños y las ilusiones formales de los instrumentos jurídicos europeos e internacionales” (estudio traducido por Carrizo González-Castell, A.), *Diario La Ley*, núm. 6914, de 31 de marzo de 2008; en relación con otras posibles soluciones, *vid.* Ramos Méndez, F.: *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona, 2005.

418 En cuanto a las posibles medidas a adoptar, *vid.* las “Conclusiones aprobadas en la Primera Ponencia del IX Congreso Nacional de la Abogacía Española” (Zaragoza, 26 al 28 de septiembre de 2007), *colgadas* en la página *web* del Consejo General de la Abogacía Española (<http://www.cgae.es>), así como las comunicaciones presentadas a dicho Congreso, recogidas en el *Libro de ponencias y comunicaciones...*, *ob. cit.*, en particular las de Crespo Salort, F. y Pérez, P.J. (pp. 65-70), Paramio Espinosa, M^a.A. (pp. 70-76), Bernardo Ródenas, S. (pp. 91-95), Ortiz de Zárate Ortiz de Zárate, J.P. (pp. 181-187), Pardo Gato, J.R. (pp. 187-194).

estados integrantes del Tratado, sino también desde las distintas organizaciones supranacionales e internacionales competentes⁴¹⁹.

– Abogamos para que la Asamblea de Naciones Unidas apruebe una definición, lo más clara y precisa posible, de los delitos de terrorismo y de agresión, en aras a su inclusión final en el elenco de los contemplados por el Estatuto de Roma y, así tipificados, puedan ser objeto de enjuiciamiento por la Corte, a sabiendas de que la lucha contra el terrorismo y contra toda forma de delincuencia es uno de los objetivos fundamentales de todas las instituciones democráticas, que sólo se legitima si respeta los derechos humanos y libertades fundamentales, el imperio de la ley y la democracia, así como la independencia judicial en todos los órdenes. Esta última afirmación no implica debilidad en la lucha antiterrorista, más al contrario, la misma sólo será eficaz si se respetan tales principios, en tanto que su derogación legal o su no aplicación de facto pueden llegar a destruir aquello por lo que se combate.

– Impulso, sin dilaciones, de una política, lo más amplia posible, de la erradicación de la tortura y los malos tratos⁴²⁰, para lo que se deben implementar de manera inmediata los Mecanismos de Prevención de la Tortura previstos en el Protocolo de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas, a los que ya se comprometió el ejecutivo español al momento de su ratificación.

– Perentoria es la regulación sistematizada y completa del derecho de defensa, desde el mismo inicio de las actuaciones que conciernan a la detención, así como la inclusión del español como lengua de trabajo, con motivo del análisis que proceda de la futura revisión del Estatuto de la CPI.

– Igualmente obligada es la ratificación por el Estado español del Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunities de la CPI y la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las correspondientes Reglas de Procedimiento y Prueba.

En cualquier caso, se antoja cada vez más necesario desde las instancias jurídicas españolas abogar consistentemente por una ampliación del derecho de defensa de las víctimas, como es la modificación y ampliación sustancial de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI relativas a su desarrollo, garantizando suficientemente su ejercicio y procurando que las normas más progresistas y garantes de nuestro propio ordenamiento puedan, incluso, informar los procedimientos de la Corte.

A este respecto, en el ámbito del ejercicio del derecho de defensa en nuestro país, como misión de tutelar los derechos y libertades fundamentales de las personas, propugnamos la instauración, sin mayor dilación, del sistema de doble grado de jurisdicción o doble instancia plena en el proceso penal, como expresión y garantía de cumplimiento del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y, dentro de él, como derecho a un proceso público con las debidas garantías procesales, dotado de un eficaz sistema de recursos.

Y en el marco internacional queda pendiente de desarrollo, como reto apasionante, el necesario derecho de defensa ante la CPI con todas las garantías, tanto desde el plano sustantivo como desde el procedimental, para conseguir alcanzar tan alta finalidad como con el ejercicio jurisdiccional de este Tribunal internacional se pretende, sin menoscabar para ello la competencia en su caso de la AN, sobre todo ante posibles inhibiciones competenciales del primero que puedan ser por éste asumidas, de acuerdo con lo previsto en el vigente artículo 23.4 de la LOPJ.

419 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, en su resolución de 8 de diciembre de 1998, ya aconseja a los distintos Estados americanos que “suscriban el Tratado de Roma del Tribunal Penal Internacional y que introduzcan en sus legislaciones el principio de jurisdicción universal en lo relativo a la persecución de crímenes contra la humanidad”.

420 En la actualidad la tortura está jurídicamente erradicada en todos los países civilizados y rigurosamente prohibida por los tratados internacionales (*vid.* artículo 7 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales).

VII. EPÍLOGO: CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Garantizar la seguridad y la libre y pacífica convivencia de los ciudadanos se configura, en definitiva, como una obligación prioritaria de los estados y, en general, de todos los poderes públicos, lo que implica la explícita obligación para todos ellos, así como para las distintas organizaciones supranacionales e internacionales competentes, de luchar contra toda clase de abusos de los derechos humanos consagrados, pero siempre, en sus justos términos, dentro del marco establecido precisamente por el ius propio de tales derechos y libertades fundamentales, cuyos principios son inderogables y su desconocimiento no se justifica bajo ninguna clase de circunstancia o situación.

Compete, en este sentido, a cada estado y al resto de organismos nacionales y supranacionales, a través de sus mecanismos e instituciones, mantener, en todo caso, la vigencia de que las medidas adoptadas para garantizar un sistema de seguridad latente se sitúen dentro de los márgenes y límites establecidos por los tratados, constituciones y leyes que proclaman los derechos y libertades fundamentales de las personas⁴²¹.

Es más, los mismos convenios internacionales parecen querer sumarse a la voluntad de que no exista posibilidad alguna de impunidad en casos de tortura, conculcación de los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, no siendo más relevante el órgano o tribunal que la exija, por lo que desde este prisma la sentencia constitucional del caso Guatemala es perfectamente encuadrable en dicho acervo internacional, como doctrina más acorde con los convenios suscritos por España.

Con igual orientación, ya la citada Resolución del Instituto de Derecho Internacional configuraba el ejercicio de la jurisdicción universal como una competencia más de los estados, de cada uno por sí mismo, sin necesidad de su sometimiento a un órgano jurisdiccional supranacional como la CPI, así como, a su vez, sin el establecimiento de relaciones que podríamos calificar de subsidiariedad entre órganos internacionales de esa misma índole –sin perjuicio de lo ahora establecido al efecto por el artículo 23.4 LOPJ–, o con otro u otros estados, ni tan siquiera en relación a que resulte competente bien por consideración del *forum delicti comissi* o por anterior comienzo de actuaciones judiciales.

Ahora bien, sentado lo anterior, además de las modificaciones legales operadas, una breve cronología de lo aquí constatado puede resultarnos útil para no perder la perspectiva de la realidad imperante, cuando no persistente, sobre todo teniendo en cuenta la evolución gradual de los acontecimientos y los efectos que de los mismos se derivan:

En orden temporal, y tal y como se ha plasmado, primero fue la captura del general Augusto Pinochet a su paso por Londres, todo un hito en la puesta en práctica del principio de justicia universal, por el cual, como hemos visto, se permiten juzgar en cualquier país delitos de lesa humanidad, como los de genocidio o torturas, algo que hasta entonces existía, pero sólo sobre el papel. En aquel momento, se puede decir que todos nos congratulamos de la valentía y osadía del juez español que lo hizo posible, a través de medidas que en general se atenían a los procedimientos legalmente previstos y que rehuían por ello actuaciones que han caracterizado algunas otras aplicaciones extraterritoriales de la jurisdicción; me estoy refiriendo al famoso secuestro de Adolf Eichmann en 1960 por el Mossad en territorio argentino o, más recientemente, el apresamiento de Álvarez Machain en México por agentes de los Estados Unidos de América.

Tras el caso Pinochet le tocó el turno a las juntas militares argentinas que sembraron el terror durante largos años en el país austral. Casi nada que objetar porque, en la práctica, no había otra forma, jurídicamente aceptable, de participarles un mínimo de justicia a las víctimas.

421 No debemos olvidar cómo a lo largo de la historia se han sucedido períodos, normalmente coincidentes con procesos de *involución política* de uno u otro signo, en los que, paradójicamente, se ha pretendido justificar la supresión de derechos y libertades individuales, con ansias de preservar un mayor e hipotético estado de seguridad y libertad colectivo.

A partir de ahí la justicia universal se puso de moda en España y a las puertas de la AN empezaron a llamar las víctimas de los genocidios, entre otros, de Guatemala, Ruanda, el Tíbet, el Sáhara, Gaza y unos cuantos más, como los aquí expuestos.

Posteriormente, cuando ya se hubieron apagado los ecos de la memoria histórica, y al abrigo del efecto Obama, emerge Guantánamo. En aquel momento, de nuevo, resurgen las discrepancias públicas y privadas entre la fiscalía y los jueces de la AN, hasta el punto de que voces tan autorizadas como la del presidente del Tribunal Supremo, Carlos Dívar, con un efecto anunciador de lo que más tarde cristalizó en vía legislativa, se había ya manifestado a favor de poner nuevos límites a la jurisdicción universal, al abogar por una modificación restrictiva del artículo 23 de la LOPJ, “porque España no puede convertirse en el gendarme judicial del mundo” ni estar “en conflicto diplomático diario”, además de argumentar criterios de eficacia, ya que ninguno de los casos hasta el momento investigados “ha llegado a feliz término”⁴²².

Es evidente que no debemos confundir la justicia universal con un deseo de justicia mediática, sobre todo si tenemos en cuenta que, por su origen y características, la AN está sometida a tensiones, también políticas, que de un modo u otro terminan por manifestarse. No se trata de discutir su eficacia, como se demostró en el juicio del 11-M y en muchas otras cuestiones, ni mucho menos su constitucionalidad, asunto ya resuelto como tribunal “ordinario”, pero sí debatir acerca de su más correcto funcionamiento y del poder exorbitante que parece proporcionárseles a jueces de instrucción.

Si el nacimiento de la AN, tras la desaparición del desgraciado Tribunal de Orden Público, se justificó como un instrumento para juzgar el terrorismo y otros graves delitos evitando la presión y las dificultades técnicas de los jueces “naturales”, habrá de reconocerse que no son sólo éstos los que padecen presiones y que parecen agrandarse en la Audiencia todas las paradojas del sistema judicial. Además, aunque la iniciativa de crear en España una jurisdicción universal que permitiese a los tribunales nacionales perseguir algunos delitos especialmente odiosos cometidos fuera de territorio español se configuró en su día como una idea razonable, “la extensión que se le dio legalmente a tal jurisdicción resultó, desde el principio, de una amplitud a todas luces excesiva”⁴²³.

En todo caso, no debemos desconocer la capacidad de intervención de la AN tal y como se le ha dotado legislativamente en la redacción del nuevo artículo 23.4 LOPJ y la vigente aplicabilidad del principio de jurisdicción universal, si bien con las restricciones estipuladas y que, desde mi punto de vista, han resultado del todo aconsejables a tenor de los derroteros judiciales seguidos en los últimos años, manteniendo con ello presente que en nuestro referente ha de estar siempre la Justicia, como norte, allá donde se invoque o demande.

Según se pronunciara en diciembre de 2003, en la Reunión Anual de la Abogacía, la Sra. Juez, Elisabeth Odio Benito, Vicepresidenta Segunda de la CPI:

Desde edades remotas los seres humanos nos hemos preguntado que es la Justicia. La pregunta contiene tras de sí el dolor de las víctimas postergadas, la frustración de la impotencia ante la impunidad, la humillación de los vencidos ante los vencedores. Las respuestas a esa crucial pregunta nunca han sido totalmente satisfactorias. Vengan de la filosofía, de la historia o del derecho, las respuestas han carecido de un carácter comprensivo que nos abarque a todas y a todos. Nunca hasta hoy la Justicia ha sido la misma para los miembros de una sociedad.

De ahí mi pleno convencimiento de que de la respuesta que demos hoy y en los próximos años a esa eterna formulación, tanto en el orden nacional como en el internacional, bien sea en su caso por

422 Afirmaciones recogidas en prensa.

423 Así opinaba al respecto Blanco Valdés, R.L.: “Superman en la Audiencia Nacional”, *Diario La Voz de Galicia*, sección “El ojo público”, de 1 de mayo de 2009, p. 12, para quien “una cosa es que la jurisdicción universal sirva para perseguir a presuntos criminales que no son juzgados en sus países respectivos por gozar allí de impunidad jurídica o política (como ocurría, con toda claridad, en el caso del tirano Augusto Pinochet) y otra muy distinta que la Audiencia Nacional se arrogue la competencia para investigar todas las acciones criminales del planeta...”.

medio de la justicia universal representada por la AN, modalizada restrictivamente, o bien a través de la CPI, depende el futuro de paz que todos los pueblos que integramos las Naciones Unidas nos comprometimos en 1945 a conformar para el bien de las generaciones venideras.

Debemos sino pensar que hace sólo ciento cincuenta años la aplicación de una justicia universal era, a lo sumo, un sueño, una quimera, tanto en su perspectiva de un tribunal global como en la aplicación de un “principio de justicia universal por parte de jurisdicciones nacionales”⁴²⁴. El ingente esfuerzo colectivo realizado en el pasado siglo ha ido convirtiendo ese sueño en realidad, poco a poco, paulatinamente, pero sin pausa.

A pesar de los males que aquejan a este planeta, de la percepción de conflicto global, de delitos internacionales omnipresentes, desde la pacificación y armonía entre las personas, las gentes y los pueblos que lo habitamos actualmente debemos reafirmarnos en la convicción de que existen avances sólidos, no sin dificultades, orientados al fin de la impunidad de los crímenes internacionales, sobre los cuales habremos de sustentar nuestro futuro de cara a la deseada Justicia, cuyo icono en forma de imagen femenina de ojos vendados representa su ceguera por no tener miramientos con las partes y por ser la misma para todos, pueblos y culturas, blandiendo su balanza independientemente de a quién afecte su actuación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRES SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: “Reparaciones de guerra, actos iure imperii y Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 15 de febrero de 2007 en el asunto Lechouritou y otros c. República Federal de Alemania”, *Diario La Ley*, núm. 6745, 29 de junio de 2007, pp. 1 y ss.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77, enero-junio 2001, pp. 249-268.

BERNARDO RÓDENAS, S.: “Algunas notas en relación a la CPI y su funcionamiento en relación con el derecho de las víctimas”, *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso Nacional de la Abogacía*, 26 al 28 de septiembre de 2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 93 y ss.

BLANCO VALDÉS, R.L.: “Superman en la Audiencia Nacional”, *Diario La Voz de Galicia*, sección “El ojo público”, de 1 de mayo de 2009, p. 12.

BUJOSA VADELL, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la jurisdicción española”, *Diario La Ley*, núm. 7289, de 4 de diciembre de 2009, pp. 8 y 9.

CALVO GONZÁLEZ, J.: “Jurisdicción universal y genocidios en el Tibet. La Justicia, entre los juncos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 711, 2006.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: *La figura del acusador público ante el principio de justicia universal*, Madrid, 2001.

– “De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-rl, noviembre 2005, pp. 3-11.

CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*, I, 2004.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional. Por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad en la Guerra Civil y el franquismo”, *Diario La Ley*, núm. 7054, de 12 de noviembre de 2008, pp. 1-7.

CID CEBRIÁN, M.: “Hacia una justicia universal”, *Otrosí*, núm. 71, diciembre 2005, p.47.

424 Expresión utilizada por Palou-Loverdos, J.: “Esperanzas para la justicia universal...”, *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 42, febrero 2007, p. 62.

DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional”, *Diario La Ley*, núm. 6842, 17 de diciembre de 2007, pp. 1 y ss.

DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, núm. 7307, de 21 de diciembre de 2009, pp. 1-9.

DE QUEROL Y LOMBARDEO, J.F.: “El mando militar ante el recurso de casación”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, enero-junio 1989, pp. 27-56.

– “El recurso de casación en el proceso militar”, *Derecho penal y proceso militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 655-676.

DÍEZ SÁNCHEZ, J.L.: *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, 1990.

DOMINGO, R.: *¿Qué es el Derecho global?*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008.

FEDOZZI: en *Riv. Italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIII, pp. 240-269.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. Y JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2005.

FLORIAN: *Trattato di Diritto Penale*, 1910.

GARCÍA ARÁN, M.: “El principio de justicia universal en la LOPJ”, *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, 2004, pp.67 y ss.

GARCÍA RUIZ, C.R.: *ONGs y Derecho internacional: Su influencia en la elaboración de las normas internacionales*, Iustel, Madrid, 2006.

GARRIGUES WALKER, A.: “Prólogo” al libro colectivo *Principios de Derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, Domingo, R. (coord.), Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 9 y 10.

GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, 1999.

– *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999.

– “Jurisdicción de los Tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, enero-junio de 2006, en particular pp. 55-88.

GUTIÉRREZ LANZA, G.: “Notas sobre los delitos de terrorismo”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 29, enero-junio 1975, pp. 35-48.

HENZELIN, M.: *Le principe de l’universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité*, Bruylant, Bruselas, 2000.

JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, II, núm. 768, 4ª ed., 1977.

KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982.

MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: “El portaviones de la Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 7121, de 24 de febrero de 2009, pp. 3 a 5.

MONTEIRO GUEDES VALENTE, M.: “La cooperación en materia procesal penal. Los engaños y las ilusiones formales de los instrumentos jurídicos europeos e internacionales” (estudio traducido por Carrizo González-Castell, A.), *Diario La Ley*, núm. 6914, de 31 de marzo de 2008, pp. 1 y ss.

OLÁSULO ALONSO, H.: “La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional”, *Diario La Ley*, núm. 6343, de 20 de octubre de 2005, pp. 1 y ss.

OMAR RAIMONDO, F.: “El valor de la jurisprudencia de la Corte internacional de Justicia como verificadora del derecho internacional humanitario y el crimen internacional de genocidio”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 81, enero-junio 2003, pp. 143-191.

PARDO GATO, J.R.: “El papel de los abogados ante la jurisdicción universal. El nuevo horizonte abierto tras el caso Guatemala”, Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso Nacional de la Abogacía, 26 al 28 de septiembre de 2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 187-194.

– “Corte Penal Internacional y/o justicia universal. ¿Las dos caras de la misma moneda?”, Revista Española de Derecho Militar, núm. 92, julio-diciembre 2008, pp. 109-142.

PUEYO LOSA, J.: “Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia”, Revista Española de Derecho Militar, núm. 83, enero-junio 2004, en particular pp. 11-58.

RAMOS MÉNDEZ, F.: Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global, Atelier, Barcelona, 2005.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Límites de la jurisdicción penal universal española”, Diario La Ley, núm. 5788, de 26 de mayo de 2003, pp. 1 y ss.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: “Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, Revista Española de Derecho Militar, núm. 73, enero-junio 1999, pp. 197-207.

RODRÍGUEZ Y FERNÁNDEZ, R. Y ECHARRI CASI, F.J.: “El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005)”, Diario La Ley, núm. 6377, de 13 de diciembre de 2005, pp. 1 y ss.

RUEDA FERNÁNDEZ, C.: “La boicoteada consolidación del principio de jurisdicción universal en el ámbito del ordenamiento jurídico español: el “Genocidio Maya” ante el Tribunal Supremo”, Boletín Aranzadi Penal, núm. 6, 2003.

SALÁS DARROCHA, J.T.: “Corte Penal Internacional y Audiencia Nacional: delimitaciones competenciales”, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 19, 2006.

SÁNCHEZ LEGIDO, A.: Jurisdicción universal penal y Derecho internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

– La práctica española en materia de jurisdicción universal (<http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/03Materiales/ART%C3%8DCULOSPYBIL.doc>).

SCHABAS, W.A.: An Introduction to the International Criminal Court, 2004.

SCHMITT, C.: Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1945, ed. por Quaritsch, H., 1994.

TRILLO NAVARRO, J.P.: “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4.g) LOPJ”, Diario La Ley, núm. 6354, de 8 de noviembre de 2005, p. 10.

LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y SUS IMPLICACIONES PARA EL DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO: ¿HACIA UN NUEVO DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONALIZADO O GLOBALIZADO?

José Manuel Calderón Carrero

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de A Coruña

I. Las transformaciones operadas en el contexto económico: el denominado fenómeno de la “globalización económica” y su incidencia en la configuración del ordenamiento tributario nacional.

El denominado fenómeno de la globalización se refiere a la creciente interdependencia existente entre los diferentes países o Estados como resultado de la intensificación del volumen y tipos de operaciones transnacionales sobre bienes, servicios y flujos de inversión y capital, así como de la rápida y amplia transmisión de la tecnología y desarrollo de las comunicaciones.⁴²⁵ Por tanto, este fenómeno tiene carácter complejo y resulta de una combinación de factores, a saber: mejora de las comunicaciones y desarrollo de la tecnología asociada a las mismas, e internacionalización intensa de los flujos comerciales y de capital generadora de una interdependencia económica entre países.

La globalización económica, como todo fenómeno económico, posee su reflejo en el ámbito tributario. No obstante, antes de tratar de adentrarnos en tal reflejo debe señalarse cómo la mayoría de las reglas fiscales existentes en los diferentes sistemas u ordenamientos tributarios nacionales —cuando menos, los correspondientes a Estados miembros de la OCDE— fueron formuladas en y para un mundo que, en buena medida, ha dejado de existir.⁴²⁶ La configuración de buena parte de estas reglas fiscales responde a un contexto económico donde el comercio entre Estados estaba con-

425 UCKMAR, “Consideraciones sobre globalización económica”, Doc. de trabajo, 32º Asamblea General del CIAT, Brasil, 1998; y GUTTENTAG, “Key issues and Options in International Taxation: Taxation in an Interdependent World”, *BIFD*, Nov.2001.

426 McLURE, “Globalization, Tax Rules and National Sovereignty”, *BIFD*, August 2001; McLURE, Ch., “Tax Policies for the XXIst Century”, en *Visions of the Tax Systems of the XXIst Century*, Kluwer, Boston, 1997.

trolado y limitado, y donde los movimientos de capital e inversión entre los diferentes Estados tenían también escasa importancia. Se trataba, por tanto, de reglas fiscales configuradas para un contexto mundial donde el grado de interdependencia e interrelación entre las diferentes economías nacionales era limitado. Las limitaciones que en este contexto se cernían o proyectaban sobre el ejercicio del poder tributario de cada Estado eran de escasa importancia y prácticamente inocuas de cara a la configuración del ordenamiento tributario nacional.⁴²⁷

El contexto en el que se configuraron o articularon las reglas y principios fiscales que llegan hasta nuestros días puede describirse en términos muy simples de la siguiente forma:⁴²⁸

- Los intercambios comerciales internacionales se referían a productos o bienes tangibles;
- La mayor parte del comercio internacional se desarrollaba entre entidades independientes o no asociadas;
- Los servicios de telecomunicaciones estaban reservados al Estado en régimen de monopolio o a una entidad pública y operaban en un solo Estado;
- Las comunicaciones eran relativamente lentas;
- Como regla, se requería presencia física para realizar actividades empresariales en otro país;
- Los activos intangibles tenían escasa importancia;
- No existía una movilidad (transnacional) del capital, de manera que los flujos financieros y de inversión directa tenían principalmente carácter nacional, lo cual afectaba a los mercados financieros y a la composición del accionariado de las sociedades.
- Los denominados “paraísos fiscales” (tax havens) tenían escasa importancia.

En un contexto económico relativamente cerrado los Estados apenas se veían constreñidos o limitados a la hora de configurar su sistema fiscal y determinar los principios y categorías básicas de su ordenamiento tributario nacional. Por tanto, la legislación tributaria era concebida teniendo en consideración factores fundamentalmente internos y pensando básicamente en su proyección sobre operaciones internas (no transnacionales). En este contexto, el legislador tributario no se veía limitado por consideraciones de “competitividad internacional” a la hora de configurar el sistema tributario, esto es, no se temía por la huida del capital y la inversión hacia otros países con un “clima fiscal” más benigno. Del mismo modo, los Estados poseían “independencia operacional” sobre el sistema fiscal, en la medida que las autoridades fiscales podían llevar a cabo el control o supervisión de la aplicación efectiva de las normas tributarias, sin necesidad de ser asistidos en tal labor por autoridades fiscales de Estados extranjeros.

La globalización ha alterado significativamente el contexto económico sobre el que pivotan los ordenamientos tributarios. Las principales diferencias con el escenario económico precedente pueden sintetizarse en las siguientes:

- Multiplicación exponencial del número de operaciones económicas internacionales, destacando por su cuantía las consistentes en prestaciones de servicios y cesión de intangibles;
- La mayor parte del comercio internacional tiene lugar entre entidades vinculadas o asociadas;
- La realización de actividades empresariales en el extranjero deja de requerir una sede o localización física en el país de destino;
- Los servicios de telecomunicaciones son prestados por entidades privadas que operan en varios países;

427 McLURE, “Globalization, Tax Rules and National Sovereignty”, *BIFD*, August 2001.

428 McLURE, “Globalization, Tax Rules and National Sovereignty”, *BIFD*, August 2001.

- Mejora sustantiva de las comunicaciones, muchas de las cuales son instantáneas; ello hace surgir una nueva forma de comercio (e-commerce) y facilita las operaciones comerciales tradicionales;
- Los mercados financieros se internacionalizan masivamente y las sociedades dejan de ser participadas principalmente por accionistas nacionales o residentes;
- Los paraísos fiscales emergen y comienzan a plantear graves problemas a los Estados miembros de la OCDE, erosionando la equidad y neutralidad de sus ordenamientos tributarios. Puede decirse que la denominada “competencia fiscal perniciosa” es un fenómeno materialmente conectado con la globalización económica.
- Creciente competencia fiscal entre Estados, particularmente en relación con la atracción de capitales y de la inversión y actividad empresarial susceptible de deslocalización.
- La aparición de empresas transnacionales que actúan en un mundo de relaciones económicas globalizadas y que constituyen verdaderas estructuras de poder.⁴²⁹

La globalización económica, por tanto, ha transformado de forma sustantiva el contexto económico sobre el que se proyectaban las reglas fiscales que se han ido elaborando a lo largo del siglo XIX y XX por parte de los diferentes Estados.

Los interrogantes que surgen de forma inmediata son los siguientes, a saber:

¿Siguen siendo válidas las reglas fiscales elaboradas en relación con un contexto de escasa interdependencia económica para este nuevo escenario económico?

¿Están los Estados, los “legisladores tributarios” en la misma posición que en el anterior “contexto económico”?, o dicho de otra forma

¿El poder tributario de los Estados sigue careciendo de límites sustantivos (externos) o, por el contrario, la globalización ha constreñido o restringido considerablemente tal poder tributario y, por tanto, deben articularse “nuevas reglas” para estos “nuevos tiempos”?

Ciertamente, en la hora actual la respuesta a la mayoría de estos interrogantes no puede calificarse de definitiva, dado lo reciente del fenómeno. No obstante, los estudiosos que han analizado este conjunto de cuestiones coinciden a la hora de poner de relieve el significativo impacto o trascendencia que el fenómeno de la globalización ha tenido para la configuración de los ordenamientos tributarios. En particular, se ha insistido en dos grandes conclusiones.

Por un lado, se ha enfatizado la necesidad de repensar o replantear las principales reglas fiscales que inspiraban la configuración de los sistemas tributarios nacionales, al considerarse que tales reglas fueron elaboradas y pensadas para un “mundo” que ha dejado de existir como tal. En este sentido, se advierte la existencia de un déficit de adecuación de las “viejas reglas y principios” al nuevo contexto económico y político.

Por otro lado, se han subrayado las importantes limitaciones a las que se enfrentan los Estados a la hora de articular su ordenamiento tributario nacional, de manera tal que en el momento presente el margen de maniobra que ostentan los legisladores tributarios nacionales es cada vez más reducido, especialmente en determinado tipo de materias.

429 RAMALLO, “Prólogo” de mi obra *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo blanc, Valencia, 2004, p.15. A este respecto, este autor indica que en este contexto de globalización “Nos encontramos, pues, con unas relaciones privadas que dan lugar a sujetos con poder económico relevante y con unas normas internacionales cuya finalidad es ambigua, pues contienen normas dirigidas, por un lado, a impedir la evasión fiscal de estos sujetos internacionales y, por otro, a favorecer su existencia y máximo desarrollo. El enfrentamiento entre el poder público de un Estado y el poder privado de un sujeto económico que actúa en el ámbito internacional conduce a resultado desiguales dependiendo de la fuerza de cada uno de esos dos poderes”.

Al punto, trataremos de desarrollar en cierta medida estas dos grandes ideas al objeto de esbozar su alcance.

II. Un acercamiento a los límites al ejercicio del Poder Tributario de los Estados en un contexto de globalización económica.

Se considera que uno de los principales efectos de la globalización económica reside en la limitación del poder soberano de los Estados para definir autónomamente (sin condicionantes externos) su sistema y ordenamiento tributario.

El profesor McLURE⁴³⁰ ha identificado cuatro grandes tipos de limitaciones que se proyectan o inciden sobre la capacidad o poder de los Estados para configurar su política fiscal nacional y ordenamiento tributario, a saber:

a. Limitaciones (voluntarias) inducidas por el mercado.

Actualmente, los Estados se encuentran limitados a la hora de delimitar la tributación efectiva sobre determinado tipo de manifestaciones de riqueza que resulta volátil (capital mobiliario/ahorro privado) o fácilmente deslocalizable (determinado tipo de renta empresarial). Los inversores tienden a localizar su capital e inversiones empresariales en el lugar donde perciben una mayor rentabilidad financiero-fiscal. La globalización ha colaborado en generar un contexto de “competencia fiscal” entre Estados, produciéndose una “carrera de sucesivas reducciones fiscales” (race to the bottom) sobre este tipo de rentas. Aquel país que no articule tales reducciones fiscales con toda probabilidad experimentaría una reducción de los flujos de capital e inversión en su economía.

Ello ha generado dos grandes efectos, a saber:

Por un lado, la mayoría de los Estados miembros de la OCDE ha coincidido en articular una progresiva reducción de la carga fiscal sobre las rentas del capital (v.gr., a través del establecimiento de los denominados dual income taxes) y sobre la renta empresarial (reducción de tipos de gravamen del impuesto sobre sociedades en un 25 % en los 10 últimos años y proliferación de un sinnúmero de “regímenes especiales”).

Y, por otro lado, tal reducción de cargas fiscales sobre rentas volátiles o deslocalizables ha afectado a la estructura o composición del sistema tributario (la denominada tax mix) quedando seriamente condicionada. Los Estados que han articulado tal reducción de cargas fiscales si quieren mantener la recaudación tributaria deben compensar tales reducciones incrementando la carga fiscal sobre manifestaciones de capacidad económica no susceptibles de deslocalización (inmuebles o rentas del trabajo) o que no resultan afectadas por las “fuerzas del mercado”. Es decir, el fenómeno de la globalización de algún modo propicia que determinadas manifestaciones de capacidad económica no sean sujetas a tributación efectiva (o que lo sean a unos niveles comparativamente bajos) debido fundamentalmente a consideraciones no tributarias (v.gr., competitividad internacional, volatilidad de la renta, grado de deslocalización de la actividad, etc.).

A este respecto, en muchos países miembros de la OCDE se ha apreciado un incremento de las cargas fiscales sobre las rentas del trabajo, así como un mayor peso recaudatorio de los impuestos sobre el consumo; como resultado de todo ello hay quien ha visto comprometida la equidad o igualdad del sistema tributario, su progresividad y la función redistributiva; es más, existen autores que han llegado a advertir de los riesgos que esta situación puede generar en relación con el mantenimiento del Estado social o incluso con el propio “tamaño” y función del Estado en este nuevo contexto.⁴³¹ Otra consecuencia resultante de esta progresiva reducción de los niveles de tributación sobre la renta

430 McLURE, “Globalization, Tax Rules and National Sovereignty”, *BIFD*, August 2001.

431 AVI-YONAH, R., “Globalisation, tax competition, and the fiscal crisis of the Welfare State”, *Harvard Law Review*, vol.113, nº7, 2000; y GUTTENTAG, “Key issues and Options in International Taxation: Taxation in an Interdependent World”, *BIFD*, Nov.2001.

susceptible de deslocalización consiste en la intensificación de los niveles de control administrativo sobre los obligados tributarios como mecanismo para compensar la progresiva reducción de los ingresos tributarios de la Hacienda Pública como consecuencia de tal “desfiscalización” que opera en el plano normativo.

En suma, como ha destacado el profesor STEINMO,⁴³² la incidencia del sistema tributario sobre el comercio y la inversión internacional constituye un factor que cada vez se tiene más en cuenta por el legislador tributario a la hora de “diseñar” o “configurar” el ordenamiento tributario. En la misma línea son ilustrativas las palabras del profesor GARCÍA AÑOVEROS⁴³³ cuando afirmó que “las consideraciones de competitividad, eficiencia económica y libertad de transacciones y capitales tienden a configurar el sistema tributario nuestro, y el de los demás países europeos”.

a. Limitaciones convencionales (“negociadas”) que se proyectan sobre el ejercicio del poder tributario nacional.

En otras ocasiones los diferentes países acuerdan “voluntariamente” negociar o establecer límites sobre el propio ejercicio de su poder tributario. Entre los ejemplos más paradigmáticos y de mayor alcance están los siguientes:

- El Acuerdo General sobre aranceles y comercio (GATT 1947-1994); el GATT, actualmente modificado y gestionado por la Organización Mundial del Comercio (OMC/WTO, 1994), constituye uno de los más extensos sistema de límites negociados al poder tributario de los Estados. La limitación de la soberanía fiscal es aceptada considerando los mayores beneficios que resultan del incremento del comercio mundial. En todo caso debe advertirse que las mayores limitaciones que resultan de los acuerdos de la OMC se proyectan sobre la imposición indirecta, afectando en mucha menor medida al impuesto sobre sociedades.⁴³⁴
- La red de (más de 2000) Convenios de Doble Imposición (CDIs) concluidos de forma bilateral entre Estados miembros de la OCDE, entre éstos y terceros países e incluso entre países no miembros de tal organización internacional. La filosofía subyacente es la misma, eliminar obstáculos al comercio e inversión transnacional por la vía de articular “reglas comunes” sobre reparto de poder tributario y ejercicio de tal poder por cada uno de los Estados contratantes.
- El Derecho Comunitario Europeo, sin duda, limita el ejercicio del poder tributario de los Estados miembros tanto en aquellas materias o impuestos armonizados, total o parcialmente, como el IVA, impuestos especiales, gravámenes aduaneros, ITPAJD, franquicias fiscales, impuesto sobre sociedades, como en aquellos cuya competencia exclusiva corresponde a los Estados miembros, como el IRPF, el ISD o el propio IS (en todo aquello en que no ha sido objeto de armonización). En este sentido, disposiciones del TCE como las referidas a las Ayudas de Estado o al principio de no discriminación integran límites sustantivos que el ordenamiento comunitario impone al ejercicio del poder tributario de los Estados miembros de la UE.

b. Limitaciones “externas” impuestas sobre el poder tributario de los Estados.

Este tipo de límites se refiere a los supuestos donde un Estado o un conjunto de Estados adoptan una posición (común) dirigida a que otro Estado o conjunto de países modifique un aspecto de su legislación fiscal, bajo amenaza de adoptar “contramedidas” o también denominadas “medidas defensivas”. Un buen ejemplo de este tipo de limitaciones viene representado por el Proyecto OCDE de competencia fiscal perniciososa de 1998, a través del que se trata de que los países calificados por la OCDE como “no cooperativos” modifiquen de forma sustantiva su legislación tributaria, so pena de sufrir o soportar las “medidas defensivas” (contramedidas) que articularían los Estados miembros

432 STEINMO, S., *Taxation and Democracy*, Yale University Press, 1993.

433 GARCÍA AÑOVEROS, J., “Las reformas fiscales”, *REDF*, n°100, 1998.

434 McDANIEL, “*The Impact of Trade Agreements on Tax Systems*”, *Intertax*, vol.30, n°5, 2002; y IBÁÑEZ MARSILLA, “La competencia fiscal perniciososa ante la OMC”, *Crónica Tributaria*, n°113, 2004.

de la OCDE frente a los “países no cooperativos”. En el mismo plano se sitúa el “acuerdo sobre fiscalidad del ahorro” articulado por las instituciones comunitarias en el sentido de lograr la adopción de medidas equivalentes a las establecidas en la Directiva 2003/48/CE por parte de terceros países (Suiza, Mónaco, Liechtenstein, Andorra y San Marino) y los territorios dependientes y asociados de los Estados miembros (v.gr, Islas Cayman, Islas del Canal, Aruba, Anguilla, Montserrat, etc.).⁴³⁵

c. Limitaciones sobre la “independencia administrativa u operacional”.

Se alude a la “independencia administrativa u operacional” como la capacidad que tiene un Estado para “gestionar” su sistema tributario sin asistencia de las autoridades fiscales de otros países. Se considera que un Estado posee tanta o más soberanía fiscal cuanto más “independencia administrativa u operacional” ostenta.

A este respecto, se ha observado como en el contexto actual la mayor parte de los países miembros de la OCDE ha visto reducida o limitada su soberanía fiscal al experimentar una clara reducción de su “independencia administrativa”. Los Estados que han articulado sus principales impuestos (IRPF, IS, IP e ISD) sobre la base del principio de gravamen de la renta mundial sobre sus residentes se enfrentan con ejercer el control o supervisión fiscal sobre las rentas obtenidas más allá de sus fronteras nacionales. Tal problema no sólo afecta a los “Estados residencia” sino también a los “Estados fuente” que, debido a las operaciones de comercio electrónico, se encuentran con dificultades para someter a imposición sobre la renta generada en su territorio (o a imponer impuestos sobre ventas en destino). Esta situación ha sido aprovechada en buena medida por algunos de los países calificados como “tax havens” que, en cierta medida, acentúan los límites con los que se topan los demás países a la hora de tratar de supervisar el cumplimiento de sus leyes fiscales por los contribuyentes.

Esta reducción del nivel de “independencia administrativa” experimentada por los Estados miembros de la OCDE se está tratando de compensar a través de una más intensa cooperación internacional vía intercambio de información tributaria y asistencia en la recaudación.

III. Replanteamiento de las “reglas y principios fiscales” tradicionales: ¿existe un déficit de adecuación al contexto actual?

Las transformaciones experimentadas en el contexto económico como consecuencia de la globalización —principalmente, las nuevas formas de realizar negocios y de articular inversiones financieras y empresariales a nivel global o internacional— han suscitado la cuestión de si las “reglas y principios fiscales” que tradicionalmente se venían aplicando siguen resultando adecuados en este nuevo contexto. A este respecto, la mayoría de la doctrina internacional ha coincidido en señalar un déficit de adecuación de tales “reglas fiscales tradicionales” al nuevo escenario económico.

Ciertamente, se ha indicado que la mayor erosión se ha producido sobre aquellas “reglas tributarias” que se proyectan sobre las operaciones internacionales, esto es, los aspectos internacionales de los impuestos, pero tampoco se puede dejar de señalar cómo el fenómeno de la globalización ha afectado a otros aspectos de los ordenamientos tributarios nacionales llegando a comprometer su “justicia fiscal” o condicionar la configuración del sistema fiscal (tax mix, esto es, qué impuestos integran el sistema y con qué peso recaudatorio) y el reparto de cargas fiscales entre los contribuyentes (allocation of tax burdens), tal y como antes advertimos.

Es cierto, sin embargo, que las reglas que se proyectan sobre las operaciones internacionales han sido las más afectadas por el fenómeno de la globalización y, por tanto, las que acusan un mayor déficit de adecuación al contexto económico actual. Así, por ejemplo, se han alzado numerosas voces reclamando la necesidad de replantear categorías o nociones o reglas de tributación tradicionales, como, por ejemplo, las siguientes:

435 CALDERON, “Effects of the EC Savings Tax Directive on Spain”, *Tax Notes International*, December 12, 2005.

- El principio de renta mundial en los impuestos sobre la renta y la propia funcionalidad actual del Estado de la residencia como Estado que subjetiviza el gravamen y tiene en cuenta la capacidad económica global de los contribuyentes;
 - El concepto de residencia fiscal de las sociedades;
 - La noción de establecimiento permanente y su función de umbral de imposición en la fuente;
 - El principio de plena competencia (vs. sistema de reparto formulario);
 - Los sistemas de integración de impuestos IRPF-IS (extensión generalizada del sistema de imputación considerando su no aplicación frente a dividendos extranjeros);
 - El propio sistema tradicional de configuración de la base imponible del IS, atendiendo a normas fiscales nacionales (v.gr., el Home State Taxation o los sistemas formularios de determinación de la base imponible); y
 - La actual configuración de los Convenios de doble imposición basados en el Modelo de Convenio de la OCDE.⁴³⁶

La adaptación o reconfiguración de tales “reglas fiscales” tradicionales al nuevo contexto económico (globalización) constituye un proceso a día de hoy inacabado. No obstante, sí cabe apreciar ciertas tendencias o movimientos normativos de carácter internacional que, en cierta medida, suponen ya transformaciones o una erosión de tales “reglas o principios fiscales tradicionales” sin que tal erosión haya alterado total o radicalmente las categorías tributarias tradicionales.

IV. Movimientos normativos generados en el ordenamiento tributario de los Estados miembros de la OCDE como consecuencia de la globalización.

a. Incidencia en la configuración del Derecho Tributario Material.

1.º Los límites derivados de la globalización económica al ejercicio del poder tributario de los Estados se hacen más perceptibles y la legislación fiscal refleja tales limitaciones, especialmente en relación con las materias e impuestos más afectados por las denominadas “fuerzas del mercado” y la “competencia fiscal” entre Estados (renta del capital o ahorro privado, y rentas empresariales). El legislador tributario a la hora de configurar el sistema tributario se enfrenta con un nuevo panorama: aquello que se considera que debería estar sujeto a tributación no siempre puede ser sometido a imposición debido a las fuerzas del mercado o consideraciones de “practicabilidad” del gravamen.⁴³⁷ Algunos autores han calificado como “fiscal degeneration” al fenómeno con arreglo al cual la mayoría de las reformas tributarias se llevan a cabo atendiendo a criterios y motivaciones extraños a los de “política fiscal”.⁴³⁸ Algunos de estos autores no se han limitado a señalar cómo se ha producido este fenómeno en la legislación fiscal interna de los Estados, sino que también han puesto de manifiesto cómo, en la mayoría de las ocasiones, las propuestas fiscales emanadas desde la OCDE o las promulgadas desde instancias comunitarias europeas responden a estos mismos postulados (practicabilidad y eficiencia económica). Otros autores, sin embargo, se han referido a este mismo fenómeno postulando una evolución de algunos de los principios de justicia del ordenamiento tributario; así, algún

436 AVERY-JONES, “Are tax treaties necessary?”, *Tax Law Review*, vol.53, nº1; y

GUTTENTAG, “Key issues and Options in International Taxation: Taxation in an Interdependent World”, *BIFD*, Nov.2001.

437 LODIN, S-O., “What ought to be taxed and what can be taxed: a new International Dilemma”, *Bulletin of International Fiscal Documentation*, May 2000.

438 LODIN, S-O., “What ought to be taxed and what can be taxed: a new International Dilemma”, *Bulletin of International Fiscal Documentation*, May 2000; OWENS, “Tax Systems in the New Millennium”, en *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer, The Hague, 2001; WOLF, M., “Does globalisation render States Impotent?”, *British Tax Review*, nº5, 2000; AVI-YONAH, R., “Globalisation, tax competition, and the fiscal crisis of the Welfare State”, *Harvard Law Review*, vol.113, nº7, 2000; y CRUZ PADIAL, “Globalización económica sinónimo de desnaturalización tributaria”, *Crónica Tributaria*, nº109, 2002.

autor lejos de proponer un “retorno” o “revigorización” de los principios impositivos clásicos postula una evolución (más bien la “transformación”) del principio de “capacidad de pago” (ability to pay) hacia un principio de “capacidad económica gravable” (economic taxable capacity). En este sentido, BRACEWELL-MILNES⁴³⁹ considera que el principio de capacidad de pago como principio de justicia del sistema tributario debe evolucionar hacia un principio de capacidad económica gravable con arreglo al cual un impuesto sólo puede exaccionarse si la renta que se obtiene del mismo es superior que la distorsión que tal impuesto inflige en la economía. A este respecto, el citado autor británico considera que la propuesta de Directiva comunitaria sobre fiscalidad del ahorro (1998) que pivotaba sobre la retención en la fuente sobre los intereses, o la propia iniciativa OCDE sobre competencia fiscal perniciosa no se ajustan a tal principio.

Autores, como STEINMO,⁴⁴⁰ consideran igualmente que este fenómeno ha conducido a una “reestructuración” de los sistemas fiscales a lo largo de todo el mundo, cuya consecuencia ha sido una alteración del papel y peso recaudatorio de los diferentes impuestos que integran el sistema fiscal y una correlativa redistribución de cargas fiscales a nivel interno que cada vez resulta más injusta en términos de igualdad fiscal. Tal desigualdad fiscal, según el referido autor, se ha acentuado debido al uso excesivo de “incentivos o beneficios fiscales” con fines extrafiscales, en la medida en que tales incentivos se han usado con frecuencia a favor de los contribuyentes más adinerados o de los grupos económicos más influyentes (lobbys). En este sentido, HARRINGTON ha llegado a afirmar que el “sistema fiscal se está convirtiendo en un sistema del bienestar para los pudientes” (the tax system is a welfare system for the rich). Otra de las explicaciones que ha dado Steinmo a tal redistribución de cargas fiscales (allocation of tax burdens) reside en que “la justicia social ha sido o está siendo superada por el crecimiento económico y este último depende en buena medida de la competitividad internacional”. Es posible, por tanto, que la política fiscal nacional o la configuración de ordenamiento tributario resulte cada vez más condicionada por movimientos internacionales o consideraciones de competitividad internacional y menos por criterios o fundamentos relacionados con los principios constitucionales tributarios.

2º. Las reglas tributarias concernientes a aquellos aspectos o elementos más internacionales de los impuestos, además de poseer cada vez más amplitud y relevancia, resultan configuradas fundamentalmente teniendo en cuenta consideraciones de neutralidad fiscal y de política económica internacional.⁴⁴¹ Tal enfoque es el que ha venido prevaleciendo en el marco del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE (v.gr, en la elaboración de los principios de imposición de las operaciones de comercio electrónico, los Modelos OCDE de eliminación de la doble imposición, o en el marco del proyecto de competencia fiscal perniciosa) y el que también se viene siguiendo en el marco de la UE a la hora de adoptar Directivas relativas a impuestos directos (Directivas 90/434 y 90/435). De hecho, no han faltado autores que han subrayado cómo los principios internacionales de fiscalidad internacional articulan un reparto de poder tributario arbitrario y, en la mayoría de las ocasiones, absolutamente desconectado de los principios constitucionales tributarios vigentes en la mayoría de los países miembros de la OCDE.⁴⁴² A este respecto, resulta curioso, cuando no llamativo, comprobar

439 BRACEWELL-MILNES, B., “Economic taxable Capacity”, *Intertax*, vol.29, nº4.

440 STEINMO, S., *Taxation and Democracy*, Yale University Press, 1993.

441 ARNOLD/SASSEVILLE/ZOLT, “Summary of the Proceedings of an Invitational Seminar on Tax Treaties in the 21st Century”, *IBFD*, June 2002, p.235; y McINTYRE, “Options for Greater International Coordination and Cooperation in the Tax Treaty area”, *IBFD*, June 2002.

442 BENTLEY, “International Constraints on national tax policy”, *Tax Notes International*, vol.30, nº11, 2003. También el profesor AVI-YONAH (*International Tax as International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp.8-12), ha destacado cómo los principios fundamentales de fiscalidad internacional —el single tax principle y el benefits principle— que vendrían a determinar cómo debe gravarse la renta transfronteriza y quién debe gravarla (la distribución del poder tributario entre Estados) se viene configurando a partir de fundamentos de corte económico y jurídico-políticos, teniéndose en cuenta en mucha menor medida consideraciones de equidad fiscal y capacidad económica. Nos referiremos más adelante al contenido de estos principios. La mayoría de la doctrina que se ha ocupado de esta problemática ha puesto mucho énfasis en la relevancia del principio del beneficio como principio que debe

cómo nuestro propio Tribunal Constitucional ha justificado, con carácter general, las diferencias de trato entre residentes y no residentes considerando que responden a “razones de política económica internacional dirigidas a atraer inversiones extranjeras” y articulan “el medio principal de distribución de la materia imponible entre los Estados” (F.j.8º STC 96/2002, de 25 de febrero).

3º. Uniformación de las principales reglas, categorías y principios que ordenan la tributación de los aspectos internacionales de los impuestos. El examen del Derecho comparado en este punto revela cómo en las últimas décadas se ha producido un cierto grado de “armonización” (o modelización) de las principales reglas de tributación internacional. El ordenamiento tributario de la mayoría de los países miembros de la OCDE articula los mismos principios o reglas de fiscalidad internacional, aunque existen ciertas variaciones en la concreta forma en que se articulan tales reglas o principios. En aquellas materias donde la interdependencia económica es más fuerte se produce un mayor nivel de convergencia entre los diferentes sistemas fiscales y los principios poseen mayor aceptación; allí donde la materia no posee gran relevancia de cara a la competitividad económica de las empresas o una economía, tal materia recibe una mucha menor influencia externa y hay menor grado de convergencia.⁴⁴³

Tal “armonización” se aprecia, por ejemplo, en los conceptos de residencia fiscal, establecimiento permanente, las categorías de rentas, los métodos para eliminar la doble imposición internacional y económica, el principio de plena competencia, el principio de no discriminación fiscal.⁴⁴⁴ Pero tal

guiar al legislador de cada Estado a la hora de establecer su jurisdicción fiscal sobre los hechos imposables; según esta doctrina, la renta es producida solo si la persona utiliza el factor de producción del trabajo o la combinación de los factores de producción del trabajo y el capital, de manera que la tributación sobre la renta debería vincularse, en la medida de lo posible, con tal utilización y así con el lugar (territorio) donde estos factores son utilizados (principio de territorialidad). Para determinar si existe una suficiente conexión para asignar jurisdicción fiscal debe establecerse un vínculo entre el principio de territorialidad y el principio del beneficio directo, de forma que los impuestos sean considerados como una contribución a los beneficios proporcionados a una persona a través de las actividades estatales. La mayoría de la doctrina considera que los principios de vinculación económica (territorialidad en sentido estricto: lugar de origen o producción de la renta) y de vinculación jurídico-política (residencia, domicilio) sirven de base para establecer la jurisdicción fiscal, aunque tal regla abstracta de vinculación debe concurrir cuando se concreta la presencia de vinculación económica y política para fundamentar el gravamen. Algunos autores como KEMMEREN (“Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the issues and a Plea for an Origin-Based Approach”, BIFD, vol60, nº11, 2006, pp.431 y ss) han llevado este principio cualitativo (no cuantitativo o de medida del gravamen) hasta su extremo rechazando que el Estado de residencia del contribuyente pueda gravar tal renta extranjera, considerando que no concurre un vínculo económico que lo justifique; entiende este autor que los vínculos jurídico-políticos no son suficientes para fundamentar la jurisdicción fiscal, de suerte que el Estado de la residencia solo debería gravar a sus residentes a través de impuestos sobre el consumo (o sobre renta nacional). Este autor también considera que el principio del beneficio directo forma parte del principio de capacidad económica (ability to pay principle), aunque no desarrolla esta idea. A nuestro juicio, posiblemente, el principio de capacidad económica como fundamento de la imposición deba entenderse referido a todos los hechos imposables que tengan una conexión territorial con el Estado, de manera que a la hora de establecer tal conexión territorial (y, por tanto, la jurisdicción fiscal del Estado) habría que considerar los vínculos de naturaleza económica y jurídico-política entre el Estado (y su territorio) y el hecho imponible (ya considerando su elemento objetivo o el subjetivo); y en tal sentido, el principio del beneficio vendría a constituir un principio que informaría la determinación de tal conexión territorial por parte del legislador. Con todo, no puede perderse de vista que la concreta determinación de la jurisdicción fiscal (esto es qué hechos imposables transfronterizos se gravan y por quién) que hacen los legisladores nacionales, ya a nivel unilateral o en los CDIs, en relación con la imposición sobre la renta de los residentes y los no residentes, además de requerir tal justificación o vínculo territorial, resulta significativamente afectada por consideraciones de naturaleza económica (eficiencia y neutralidad), política (internation-equity) y en menor medida de carácter tributario (igualdad y justicia tributaria). Sobre estas cuestiones, vid.: MARTHA, *Jurisdiction to tax International Income*, Kluwer, Deventer, 1989, pp.19-21; GRAETZ/O’HEAR, “The Original Intent of US International Taxation”, *Duke Law Journal*, vol.46, 1997, pp.1092 y ss; EASSON, “Fiscal Derogation and the Inter-Nation Allocation of Jurisdiction”, *EC Tax Review*, nº5, 1996, pp.112 y ss.; VOGEL, “Worldwide vs Source Taxation– A Review and Reevaluation of Arguments (Part I, II y III)”, *Intertax*, nº8-11, 1988, pp.216 y ss.; y KAUFMAN, “Fairness and the Taxation of International Income”, *Law and Policy in International Business*, vol.29, 1998, pp.145 y ss.

443 BENTLEY, “*International Constraints on national tax policy*”, *Tax Notes International*, vol.30, nº11, 2003.

444 GUTTENTAG, “Key issues and Options in International Taxation: Taxation in an Interdependent World”, *BIFD*, Nov.2001.

tendencia también ha llegado a la armonización de mecanismos de resolución de conflictos fiscales entre Estados, como los acuerdos previos de precios de transferencia (los APAs como una suerte de Private Tax Law), el procedimiento amistoso y el procedimiento arbitral (v.gr., el del Convenio 90/436/CEE). De hecho, resulta curioso que, por ejemplo, en España este tipo de mecanismos se hayan introducido en nuestro ordenamiento a través del Derecho tributario internacional y no a través de la LGT. La misma tendencia armonizadora la encontramos en materia de cláusulas antiabuso, de suerte que disposiciones como las “cláusulas de limitación de beneficios” (LOBs), la “transparencia fiscal internacional” (CFC/TFI), las normas antisubcapitalización, la cláusula del “beneficiario efectivo” pueden encontrarse en la legislación interna de la mayoría de los Estados miembros de la OCDE. A este respecto, llama la atención igualmente observar cómo este fenómeno expansivo y regulatorio de cláusulas antiabuso –típicamente estadounidense y que contrasta con el sistema de cláusula antiabuso general continental—constituye una consecuencia de las tensiones a las que somete la propia globalización económica a los sistemas tributarios nacionales, al haberse multiplicado exponencialmente el número y posibilidades de planificación fiscal internacional.⁴⁴⁵ En cierto modo podría llegar a mantenerse que asistimos al inicio de un proceso de “estandarización normativo” que afecta fundamentalmente a los países miembros de la OCDE –pero no exclusivamente a ellos–, de acuerdo con el cual las instituciones, categorías, cláusulas o principios que alcanzan un cierto nivel de consenso en el marco de esta organización internacional se expanden entre sus miembros y se deslizan (con escasos cambios) en sus ordenamientos tributarios. Así, la adopción de una regla o principio por parte de la OCDE podría compararse con el efecto expansivo en círculos concéntricos que se produce al arrojar una moneda en el centro de un estanque.

Tal “armonización” (o estandarización) de reglas y principios responde, fundamentalmente, a la labor realizada por el Comité de Asuntos fiscales de la OCDE, a través de sus recomendaciones, informes, directrices, así como a través de los propios Modelos de Convenio para eliminar la doble imposición. Posiblemente, estos últimos constituyan uno de los vehículos o mecanismos que más han contribuido a uniformar las reglas y principios fiscales vigentes en el ordenamiento de los Estados miembros. Ello es así debido a que estos modelos de convenio articulan un “minisistema fiscal” entre los Estados contratantes y tal “minisistema” responde a un concreto “modelo impositivo” (y económico). La progresiva expansión de estos modelos de convenio, mediante la firma de CDIs, ha conducido a la adopción por los legisladores nacionales de los principios y cláusulas contenidas en el mismo y, a la expansión del modelo de sistema impositivo subyacente (la “modelización” del sistema tributario). El hecho de que el modelo de convenio OCDE se haya expandido de forma considerable a nivel mundial y se esté empleando por países que no son miembros de esta organización internacional, como los países latinoamericanos, europeos, asiáticos y africanos, ha supuesto, en último análisis, la “mundialización” de buena parte de los principios impositivos elaborados en el marco de la OCDE.⁴⁴⁶ Buena muestra de ello lo aporta el progresivo abandono del modelo de sistema impositivo territorial por parte de los países latinoamericanos. Otro factor que ha ejercido una influencia decisiva a efectos de expandir los principios impositivos articulados en el marco de la OCDE radica en el papel desempeñado por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional supeditando la concesión de “préstamos internacionales” a la articulación de políticas fiscales nacionales alineadas con las recomendadas por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE; hay autores que han llegado a explicar la expansión internacional del “impuesto sobre el valor añadido” a partir del factor que acabamos de indicar.

445 RUIZ ALMENDRAL, “Tax Avoidance and the ECJ: What is at stake for European GAARs?”, *Intertax*, nº12, 2005.

446 GUTTENTAG, “Key issues and Options in International Taxation: Taxation in an Interdependent World”, *BIFD*, Nov.2001.

b. Incidencia en la configuración del denominado Derecho Tributario Formal.

Ciertamente, el grado de incidencia de la globalización económica sobre los aspectos formales o procedimentales de los ordenamientos tributarios es menor que el que ha tenido sobre la configuración material de los distintos tributos que integran los sistemas fiscales estatales.

Con todo, no puede dejar de apuntarse cierta incidencia en materia de procedimientos tributarios o en el sistema de aplicación de los tributos.

Por un lado, la OCDE ha propiciado un “enfoque colaborativo o cooperativo” en las relaciones entre las administraciones tributarias y los obligados tributarios. En concreto, la OCDE ha postulado la consideración de los obligados tributarios como “clientes” o destinatarios de servicios prestados por las autoridades fiscales; ello se traduce en la articulación y potenciación de los instrumentos de información y asistencia a los obligados tributarios (como los *advance rulings* y los acuerdos previos de valoración, APAs) y se insiste en la elaboración de códigos o cartas de derechos de los contribuyentes. De hecho, la OCDE elaboró en 1999 y 2001 su propia carta de “Principios de buena administración fiscal”. La razón última de este “enfoque cooperativo” reside en fomentar el cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales por parte de los obligados tributarios, lo cual resulta tanto más importante cuanto más dificultades poseen las Administraciones tributarias para llevar a cabo su control fiscal. Otra de las razones que ha fundamentado tal enfoque reside en que la simplificación de la legislación fiscal y la articulación de un entorno fiscal cooperativo favorece los flujos de inversión extranjera.⁴⁴⁷

Contrasta tal enfoque con el nivel de protección de los contribuyentes articulado por la propia OCDE en el marco de las iniciativas que promueve. Así, no puede dejar de indicarse que el Comité de Asuntos Fiscales OCDE allí donde ha contribuido a elaborar su propia normativa ha adoptado una “posición de mínimos” a la hora de articular garantías y derechos a favor de los contribuyentes. Ello se aprecia tanto en el marco de los Modelos de Convenio OCDE, como en su proyecto de competencia fiscal pernicioso o en el marco de los procedimientos de intercambio de información tributaria y asistencia en la recaudación.⁴⁴⁸

Otro aspecto de los procedimientos tributarios que ha recibido especial atención a nivel internacional reside en el procedimiento de intercambio de información entre Administraciones tributarias. En los últimos tiempos, la OCDE ha impulsado un redimensionamiento de la funcionalidad de este mecanismo de asistencia administrativa mutua, considerando que constituye la piedra angular sobre la que se fundamenta la pervivencia del modelo de sistema tributario de los países de la OCDE. Como ha puesto de relieve la profesora SOLER ROCH, actualmente no es posible gestionar un sistema tributario cuyos principales impuestos se proyectan sobre las operaciones internacionales de los contribuyentes, a menos que la Administración tributaria pueda acceder de forma efectiva a los datos concernientes a todas estas operaciones; si los contribuyentes operan globalmente y los impuestos siguen siendo igualmente globales, el control o supervisión efectiva de las obligaciones tributarias por parte de las Administraciones tributarias debe desarrollarse igualmente a escala global, lo cual se logra potenciando y reconfigurando los mecanismos de intercambio de información. En este sentido, podría afirmarse que mientras que en el pasado uno de los principios tributarios sustantivos fue el “no taxation without representation” actualmente viene ganando importancia el “no taxation without effective exchange of information”.

No puede perderse de vista que la articulación de este tipo de mecanismos de asistencia mutua o cooperación administrativa internacional no se reduce a adoptar un procedimiento de intercambio de datos, sino que tal procedimiento tiene mucho mayor alcance y, en último análisis, articula una auténtica cesión de poder tributario por parte de los Estados en aras de poder ejercer de forma efectiva el control sobre la aplicación de su legislación fiscal por parte de los contribuyentes. Por un lado, la

447 BENTLEY, “International Constraints on national tax policy”, *Tax Notes International*, vol.30, n°11, 2003.

448 PIRES, “Quo Vadis International Tax Law?”, *Intertax*, n°12, 2001.

reconfiguración de los mecanismos de intercambio de información ha conducido a “armonizar” las potestades que ostentan las diferentes Administraciones fiscales sobre acceso a datos en poder de los obligados tributarios. En particular, la OCDE ha potenciado una “armonización” de las potestades de acceso a la información bancaria a efectos fiscales.⁴⁴⁹ Por otro lado, la operatividad del intercambio de información ha conducido a flexibilizar principios tributarios clásicos o tradicionales; así, los mecanismos de intercambio de información obligan a las autoridades fiscales de los Estados a poner en marcha procedimientos inspectores a efectos de obtener una información que no posee trascendencia tributaria para tal Estado. Del mismo modo, el obligado tributario al que se le requiere información en el marco de tal procedimiento de asistencia mutua debe colaborar con las autoridades de su Estado (requerido) aportando los datos solicitados, a pesar de que tal procedimiento no persiga tutelar el “deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos” a la Hacienda Pública de tal Estado sino que los datos tienen trascendencia fiscal para el “Fisco” de otro Estado extranjero. Tal flexibilización del requisito de la trascendencia tributaria (nacional) subyacente en el deber de colaboración de los obligados tributarios en el marco de un procedimiento de inspección internacional ha cristalizado tanto a nivel comunitario (Directiva 77/799/CEE en la redacción dada por la Directiva 2004/56/CE) como en el propio Modelo de Convenio de la OCDE de 2005 adoptándose una cláusula específica en tal sentido (apartado 4º del artículo 26 MC OCDE 2005-2008).

c. La incidencia de la globalización económica sobre el sistema de fuentes del Derecho Tributario.

Otra manifestación de la incidencia que posee la globalización económica en la configuración de los actuales “sistemas tributarios” reside en las “nuevas fuentes” que nutren el cuerpo del Derecho Tributario.⁴⁵⁰ La principal característica de estas “nuevas fuentes” es que se configuran, fundamentalmente, siguiendo principios no plenamente coincidentes con los principios impositivos tradicionales (constitucionales-tributarios) y, por otra parte, son producidas, con carácter general, al margen y sin intervención directa y/o decisiva de los Parlamentos nacionales. La globalización ha intensificado el denominado “Polycentrismo de Fuentes”, dotando de especial relevancia a las “reglas o principios” producidas fuera o al margen de los Parlamentos nacionales (backdoorlaw/offshore rule-making).

Entre las “nuevas fuentes” pueden mencionarse, por su creciente importancia, los convenios de doble imposición, la “legislación blanda” (Soft-Law) y los principios elaborados por el Comité Fiscal OCDE, o algunos de los preceptos de los tratados de la Organización Mundial del Comercio (WTO).⁴⁵¹

Las normas “duras/hardlaw” (TCE, Directivas, Reglamentos, Convenios) y “blandas/soft-law” (Comunicaciones, Códigos de Conducta, Recomendaciones) emanadas de las instituciones comunitarias, como el ECOFIN, la Comisión y la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las CEE también constituyen “nuevas fuentes” del Derecho Tributario que presentan rasgos propios que las diferencian de las fuentes tradicionales. Muy en particular debe enfatizarse el impacto que ha tenido y tiene la jurisprudencia del TJCE, toda vez que ésta ha supuesto una revolución extraordinaria de las bases y conceptos sobre los que se asientan los sistemas tributarios nacionales de gravamen de los no residentes y de las inversiones transfronterizas. Como recientemente ha señalado el profesor VANISTENDAEL,⁴⁵² la aplicación estricta del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad a la legislación nacional de los Estados miembros en materia de impuestos sobre la renta

449 Vid: los informes OCDE, *Access to Bank Information for tax purposes*, 2000 y 2003, así como el Progress Report 2009 del OECD Global Tax Forum, *Assessment on Tax Cooperation 2009: Towards a Level Playing Field*.

450 STITT, I., “*International Tax: avoiding parochialism*”, British Tax Review, 2001.

451 LUJA, “*WTO Agreements versus the EC Fiscal Aid Regime: Impact on direct taxation*”, Intertax, vol.27, nº6-7, 1999; LANG (ed), *WTO and Taxation*, Kluwer, Deventer, 2005; y FISCHER-ZENIN, “*GATT versus tax treaties? The basic conflict between international taxation methods and the rules and concepts of the GATT*” (I y II), Intertax, 1989.

452 VANISTENDAEL, F., “*Tax revolution in Europe: the impact of non-discrimination*”, *European Taxation*, vol.40, nº1-2, 2000.

puede dar lugar a la mayor reforma tributaria de los Estados miembros jamás vista. Esta reforma fiscal provocada por la jurisprudencia del TJCE presenta unos perfiles muy singulares sobre los que debe llamarse la atención en tanto en cuanto constituye una fuente cada vez más relevante del derecho y sistema tributario de los Estados miembros; así, por un lado, debe ponerse de relieve cómo la articulación de una reforma fiscal de tal magnitud por vía jurisprudencial ha suscitado numerosas cuestiones entre las que destaca su legitimidad democrática.⁴⁵³ Por otro lado, también debe señalarse cómo el método y forma de razonar que emplea el TJCE cuando examina la compatibilidad con el Derecho comunitario de una norma nacional relativa a los impuestos sobre la renta atiende más a consideraciones de naturaleza económica (las distorsiones económicas y obstáculos creados a las libertades comunitarias) que a los fundamentos estrictamente jurídico-tributarios subyacentes en la norma fiscal objeto del litigio.⁴⁵⁴ Tal acercamiento ha sido objeto de diversas críticas por parte de la doctrina, toda vez que algunas de estas decisiones del TJCE han removido los cimientos de los sistemas tributarios de los Estados miembros.⁴⁵⁵

Entre las “nuevas fuentes” quizás las que mayor interés y controversia suscitan, debido a sus singulares características, son las denominadas “backdoor rules”. Este tipo de “normas” son producidas sin intervención directa (o autoridad delegada) de los Parlamentos nacionales. Algunas organizaciones internacionales como la OCDE y la OMC, e instituciones internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, elaboran por sí mismas una serie de reglas, directrices, catálogos de principios, códigos de conducta, etc., con el objeto de establecer o codificar una serie de parámetros uniformes a nivel internacional que tanto los países miembros como los no miembros de tales organizaciones (e instituciones) deben seguir, reformando si es necesario su legislación interna a tal efecto. Ejemplos de este tipo de “backdoor rules” lo constituyen los Modelos de Convenio para evitar la doble imposición recomendados por el Consejo de la OCDE, o las directrices sobre precios de transferencia o sobre competencia fiscal perniciosas elaboradas por el Comité de Asuntos Fiscales OCDE, las “40 Recomendaciones” en materia antiblanqueo del Financial Action Task Force de la OCDE, o las propias directrices que utiliza el FMI o el Banco Mundial cuando negocian con los diferentes gobiernos estatales el otorgamiento de créditos internacionales.⁴⁵⁶ En el ámbito de la UE, no obstante, el empleo de los instrumentos de Soft-Law presenta perfiles propios y problemas específicos.⁴⁵⁷

Ciertamente, en el contexto actual de globalización económica cada vez con mayor frecuencia e intensidad los diferentes Estados se ven obligados a reformar su ordenamiento siguiendo las backdoor rules, dado que en caso contrario pueden sufrir determinado tipo de “contramedidas” por parte de las organizaciones e instituciones que las han elaborado, como por ejemplo, la inclusión en una “lista negra” (blacklisting), sanciones económicas, obstaculización de las operaciones con el país incumplidor por parte de un bloque de países que establecen legislación a tal efecto (v.gr., “contramedidas” como las propuestas por el Comité Fiscal OCDE en relación con los países que figuran en su lista negra de paraísos fiscales), o simplemente la suspensión de los pagos de un crédito internacional.

453 MARTIN JIMENEZ, *Towards Corporate Tax Harmonization in the EU*, Kluwer, Boston, 1999.

454 MARTIN JIMENEZ/CALDERON CARRERO, *Imposición Directa y No Discriminación Comunitaria*, Edersa, Madrid, 2000.

455 VEERMEND “*The Court of Justice of the EC and Direct taxes. Est-ce la justice est de ce monde?*”, *EC Tax Review*, nº2/1996; WILLIAMS, “*Asscher: the European Court of Justice and the power to destroy*”, *EC Tax Review*, nº1/1997; y LEHNER, M., “*Limitation of national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty*”, *EC Tax Review*, nº1, 2000.

456 HAMMER/OWENS, “*Promoting tax competition*”, *Tax Notes International*, vol.22, nº11, 2001.

457 MARTIN JIMENEZ, *Towards Corporate Tax Harmonization in the EU*, Kluwer, Boston, 1999.

Los principales problemas que suscita el uso de este tipo de “pseudo-normas” de Soft-Law derivan de la forma en que son producidas y los medios para dotarlas de “coercibilidad”.⁴⁵⁸

En relación con su forma de producción cabe apuntar que estas “pseudo-normas” de Soft-law son elaboradas sin intervención directa o indirecta (delegada) de un Parlamento nacional, sino que, en el mejor de los casos, participan los representantes de Estados miembros en la organización internacional de que se trate (generalmente, funcionarios de las diferentes Administraciones nacionales) y, por tanto, las “normas” que se establezcan no gozan de la legitimidad democrática, posibilidades de debate, publicidad y transparencia que ostentan las “fuentes normativas clásicas” (fenómeno de off-shore rulemaking).⁴⁵⁹ Por otro lado, los Estados y demás sujetos afectados por tales reglas tienen pocos medios para intervenir y participar en la elaboración de tales “normas”, como también poseen escasos mecanismos que permitan su “control de legalidad internacional” o su coerción. En tercer lugar, los mecanismos empleados para lograr su efectividad difieren de los utilizados para compeler a la aplicación de las normas jurídicas adoptadas con intervención directa o indirecta de los parlamentos nacionales o por las autoridades administrativas competentes (reglamentos); mientras que la coerción de las normas jurídicas tradicionales (hard law) se asegura, fundamentalmente, a través de los tribunales (y en determinados ámbitos también a través de la acción administrativa) de acuerdo con las reglas de un “proceso justo”; por el contrario, la efectividad del Soft-Law se obtiene empleando a través de medios diferentes (soft-enforcement) que conllevan también un diferente grado de coercibilidad y que van desde la presión política y financiera hasta la advertencia (o amenaza) de inclusión de un determinado país o territorio en una “lista negra” (blacklisting).⁴⁶⁰

A este respecto, se considera que aquellas instituciones u organizaciones internacionales que emplean mecanismos de cierta contundencia a través de los que logran un alto nivel de efectividad de su “soft-law” terminan produciendo lo que se ha dado en llamar “hard pseudo-laws”; la OCDE —y muy en particular su Comité de Asuntos Fiscales— constituye una de las organizaciones internacionales que viene adoptando esta posición en áreas como la tributación de las multinacionales (Directrices OCDE de precios de transferencia) o la competencia fiscal perniciosa y respecto a países y territorios que no son miembros de tal organización y, por tanto, no participan en la elaboración de este pseudo-derecho.⁴⁶¹ Lo que se considera especialmente problemático en relación con este hard pseudo-law no es únicamente la forma en que se elabora sino que los afectados por el mismo no poseen medios para cuestionar las premisas de las que se parte para elaborarlo ni tampoco un derecho al control judicial internacional sobre la legitimidad o forma en que se están ejecutando tales pseudonormas.⁴⁶²

Probablemente, este conjunto de factores haya contribuido a que las backdoor rules tengan, por un lado, un carácter “cerrado” al constituir un instrumento a través del que se articula el punto de vista de los Estados miembros de la organización internacional que las elabora, y, por otro lado, un enfoque marcadamente administrativo al maximizar la visión que de las diferentes cuestiones abordadas se tiene desde las Administraciones de los Estados miembros de la organización internacional. En este mismo sentido, el profesor McINTYRE⁴⁶³ ha reclamado una mejora sustantiva del sistema y procedimiento de producción de soft-law de la OCDE, cuestionando su pretendida representatividad, su independencia y legitimidad para establecer los fundamentos y principios que ordenen la fisca-

458 SHELTON, *Commitment and Compliance: the role of non-binding norms in the International legal system*, London, 2000; ROSE/PAGE, *Lawmaking through the Backdoor*, European Policy Forum, London, 2001; y RAMALLO, Prólogo a la obra de CALDERON, *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanc, 2004.

459 ROSE/PAGE, *Lawmaking through the Backdoor*, European Policy Forum, London, 2001.

460 ROSE/PAGE, *Lawmaking through the Backdoor*, European Policy Forum, London, 2001.

461 ROSE/PAGE, *Lawmaking through the Backdoor*, European Policy Forum, London, 2001.

462 ZAGARIS, B., “The assault on low tax jurisdictions: a call for balance and debate”, *Tax Management International Journal*, vol.28, 1999.

463 McINTYRE, “Options for Greater International Coordination and Cooperation in the Tax Treaty area”, *IBFD*, June 2002.

lidad internacional a nivel mundial.⁴⁶⁴ En la misma línea se ha posicionado el profesor RAMALLO,⁴⁶⁵ destacando cómo las organizaciones internacionales que producen este soft-law son escasamente democráticas y transparentes, de suerte que los Estados y sus Parlamentos nacionales, donde reside la soberanía nacional y se articulan controles y garantías democráticas, deben adoptar una posición más activa en relación con el contenido y forma de integrar a nivel interno tal Soft-law.

Estas características no dejan de plantear graves problemas, en la medida en que el enfoque de estas normas será, generalmente, parcial y su contenido resultará frecuentemente desequilibrado al haberse minimizado los intereses y derechos de las demás personas afectadas por las “normas” así elaboradas (vgr., los contribuyentes). Así, por ejemplo, tomando el caso del Comité Fiscal OCDE, se han alzado voces que han criticado duramente sus trabajos al propiciar una evolución y desarrollo del Derecho Tributario Internacional que no ha tenido en cuenta en medida suficiente los derechos de los contribuyentes.⁴⁶⁶ En este sentido, son ilustrativas las palabras del profesor BENTLEY⁴⁶⁷ cuando refiriéndose a la tendencia de la OCDE a minimizar la relevancia de los derechos de los contribuyentes en las iniciativas fiscales que desarrolla, llega a calificar este fenómeno como un proceso de “adroitness of the OECD in developing new policies, even where they are controversial”. Es más, no sólo es que la “normativa blanda” que produce el Comité Fiscal OCDE sea materialmente poco garantista o tenga presente en escasa medida los intereses y posición de los sujetos afectados por la misma, sino que, además, formalmente tal normativa es producida de forma dudosamente compatible con el principio de seguridad jurídica.⁴⁶⁸ En la misma línea, el profesor RAMALLO llama la atención sobre esta peculiaridad del Derecho Tributario Internacional en lo que se refiere a los principios de política legislativa que inspiran la configuración de sus normas; así, el profesor RAMALLO llega a afirmar que en este ámbito de las relaciones fiscales internacionales “Nos encontramos, pues, con unas relaciones privadas que dan lugar a sujetos con poder económico relevante y con unas normas internacionales cuya finalidad es ambigua, pues contienen normas dirigidas, por un lado, a impedir la evasión fiscal de estos sujetos internacionales y, por otro, a favorecer su existencia y máximo desarrollo”.⁴⁶⁹

Siguiendo con el caso de la OCDE que tomamos a efectos ejemplificativos, también se ha cuestionado el propio papel de la OCDE (su Comité Fiscal) como principal foro de creación de principios fiscales de validez universal al considerar que tales principios únicamente tienen en cuenta los intereses de los Estados miembros de esta organización internacional, de manera que no se le ha prestado la suficiente atención a la perspectiva, posición e intereses de los países no miembros. Como ha afirmado gráficamente HORNER⁴⁷⁰ “The OECD likes to claim that it develops the ‘rules of the game’ but unfortunately not all the players are at the table”. La idea de que la OCDE constituye una suerte de “cartel” de los países ricos o desarrollados frente a los países en vías de desarrollo ha erosionado en cierta medida el pretendido carácter universal de los principios de fiscalidad internacional emanados de la misma,⁴⁷¹ aunque lo cierto es que la citada organización internacional está emprendiendo algunas iniciativas dirigidas a integrar en el foro OCDE a los países no miembros, entre las cuales hoy es obligado citar la propuesta conjunta del FMI, la OCDE y el Banco Mundial, de 13 de marzo de 2002, para establecer un foro permanente para el “Desarrollo de un diálogo internacional sobre

464 VAN RAAD, “Options for Greater International Coordination and Cooperation in the Tax Treaty area”, *IBFD*, June 2002.

465 RAMALLO, Prólogo a la obra de CALDERON, *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanc, 2004.

466 PIREZ, “Quo Vadis International Tax Law?”, *Intertax*, nº12, 2001.

467 BENTLEY, “International Constraints on national tax policy”, *Tax Notes International*, vol.30, nº11, 2003.

468 AULT, “The role of the OECD commentaries in the interpretation of tax treaties”, *Intertax*, nº4, 1994; y LANG, M., “Later commentaries of the OECD Committee on Fiscal Affairs, not to affect the interpretation of previously concluded tax treaties”, *Intertax*, vol.25, nº1, 1997.

469 RAMALLO, “Prólogo” a mi obra, *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, op. cit. p.15.

470 HORNER, F., “Do we need an international tax organization?”, *Tax Notes International*, vol.24, nº2, 2001.

471 ZAGARIS, B., “The assault on low tax jurisdictions: a call for balance and debate”, *Tax Management International Journal*, vol.28, 1999.

Tributación”, el Global Tax Forum on Transparency and Exchange of Information, o la integración en el Modelo de Convenio OCDE para evitar la doble imposición de las posiciones de los países no miembros de la OCDE.

Con todo, no puede dejar de señalarse la importante contribución que algunas de estas “backdoor rules” han tenido en el ámbito tributario –así como en muchos otros– a la hora de resolver numerosos problemas y desafíos planteados por la internacionalización y la globalización económica. En este sentido, tampoco puede dejar de reconocerse la creciente importancia que poseen estas “nuevas fuentes” en la configuración de Derecho Tributario actual, por cuanto cada vez existen más problemas que hay que resolver ineludiblemente a escala global y cada vez es mayor el papel que juegan a este respecto organizaciones internacionales como la OCDE. Ciertamente, como ha señalado VOGELAAR⁴⁷² la necesidad de coordinar una realidad jurídico-política articulada a nivel internacional a partir de Naciones-Estado con las exigencias de diversa índole derivadas de un mundo y realidad empresarial económicamente globalizado ha conducido al surgimiento y elaboración de un nuevo sistema de producción de “normas” de alcance internacional basado en la cooperación inter-gubernamental, modelo del que la OCDE es un ejemplo paradigmático.

Ahora bien, el hecho de que el contexto jurídico actual esté caracterizado por una “sobre-regulación” (over-regulation) causada por la necesidad de ordenar (en muchos casos a nivel internacional a través de la cooperación inter-gubernamental) las nuevas realidades que han surgido como consecuencia de la globalización,⁴⁷³ aunque puede reducir significativamente la autonomía para desarrollar políticas netamente nacionales, no debe en todo caso conducir a reducir a la mínima expresión las garantías de legitimidad y control democrático intrínsecas a toda norma producida o que deba aplicarse en un Estado democrático y de Derecho. En este sentido, se ha recomendado la adopción de una serie de medidas para lograr tal legitimidad y control democrático a la hora de elaborar este soft-law, a saber: promover mayor transparencia en los procedimientos de elaboración de las “normas” (openness), arbitrar la posibilidad de control judicial de las normas elaboradas (access to courts), articular mecanismos que permitan tener en cuenta las circunstancias y contexto de los diferentes afectados por las normas (more concern with implementation and audit), articular mecanismos para evitar que por vía judicial normas de soft-law se conviertan en hard-law (judicial creep), y propiciar un mayor control político de los representantes nacionales en los organismos y organizaciones internacionales que elaboran el soft-law.⁴⁷⁴ A nuestro juicio, esta puede ser una de las vías para reconciliar las garantías constitucionales tradicionales y propias de los Estados democráticos y de Derecho con las exigencias de diversa índole derivadas de la globalización.

d. La tendencia dirigida a reforzar la cooperación internacional de cara a garantizar la pervivencia del modelo de sistema fiscal de los Estados miembros de la OCDE.

Actualmente, nos encontramos con diversas iniciativas auspiciadas, fundamentalmente, desde la OCDE con el objeto de limitar los efectos que está provocando la globalización sobre el poder tributario de los Estados. Tales iniciativas se basan en la idea de que a través de la “coordinación fiscal” entre Estados pueden frenarse o reducirse el impacto limitador que posee el fenómeno de la globalización sobre su capacidad de establecer y gestionar su ordenamiento tributario. Estos Estados, por tanto, están dispuestos a coordinar sus políticas fiscales nacionales al objeto de preservar su modelo de sistema impositivo. No obstante, no puede perderse de vista que tal objetivo sólo se

472 VOGELAAR, “The OECD Guidelines: their philosophy, history, negotiation, form, legal nature, follow up procedures and review”, en HORN (ed.), *Legal problems of Codes of Conduct for MNEs*, Frankfurt, 1980.

473 ROSE/PAGE, *Lawmaking through the Backdoor*, European Policy Forum, London, 2001.

474 ROSE/PAGE, *Lawmaking through the Backdoor*, European Policy Forum, London, 2001; y VOGELAAR, “The OECD Guidelines: their philosophy, history, negotiation, form, legal nature, follow up procedures and review”, en HORN (ed.), *Legal problems of Codes of Conduct for MNEs*, Frankfurt, 1980.

logra realmente cuando los Estados renuncian o ceden amplias cotas de soberanía en el marco de una organización internacional o estructura de coordinación fiscal.⁴⁷⁵

La idea de la “coordinación fiscal” parte de una “actualización” de la concepción del Estado dentro de la Comunidad internacional.⁴⁷⁶ Se parte de la base de que la globalización ha limitado considerablemente el poder de los Estados como entes autónomos e independientes que se relacionan entre sí en un plano de igualdad con los demás Estados. En el momento presente los Estados ya no son tan autónomos e independientes a la hora de establecer una determinada política fiscal o dotar al sistema tributario de una concreta configuración.⁴⁷⁷ La interdependencia económica resultado de la globalización ha limitado en buena medida la “soberanía” estatal afectando especialmente a una de sus principales manifestaciones, a saber: el poder tributario.⁴⁷⁸

A través de la “coordinación fiscal” lo que se pretende, precisamente, es frenar los efectos que acabamos de apuntar y sentar las bases para que los Estados puedan seguir exaccionando sus impuestos más importantes, preservando al mismo tiempo un aceptable nivel de respeto de los principios impositivos clásicos.⁴⁷⁹ Asimismo, se ha visto en la “coordinación fiscal” la vía para eliminar a escala global fenómenos diferentes como las dobles imposiciones, el denominado “tax arbitrage”, los altos niveles de fraude y evasión fiscal internacional,⁴⁸⁰ la competencia fiscal perniciosa, así como para establecer una regulación uniforme y consensuada que fije los parámetros impositivos sustantivos en torno a la tributación de las manifestaciones de capacidad económica que con mayor intensidad se ven sujetas a las tensiones e influjos de la globalización, a saber: la renta del capital, los beneficios empresariales y las operaciones de comercio electrónico.

En realidad no puede decirse que la idea de la “coordinación fiscal” sea totalmente nueva. Ciertamente, basta tener en cuenta cuáles son las principales fuentes del Derecho Tributario Internacional para caer en la cuenta de que la coordinación fiscal resulta una alternativa cuyos primeros logros se remontan a principios del siglo XX. Los Modelos de Convenio de la OCDE —y los más de 2000 CDIs suscritos siguiendo estos convenios-tipo— constituyen un ejemplo paradigmático a este respecto.

No obstante, la globalización ha incidido también en la forma de llevar a cabo la coordinación fiscal. Mientras que hasta tiempos no muy lejanos las instituciones y mecanismos de coordinación fiscal se erigían desde y partiendo de los sistemas tributarios nacionales, la tendencia actual consiste en construir las instituciones y mecanismos de coordinación fiscal desde el Derecho Tributario Internacional, es decir, desde esquemas internacionales en lugar de partir de esquemas nacionales para luego posteriormente coordinarlos.⁴⁸¹ Algunos reflejos de esta nueva tendencia los encontramos en las directrices elaboradas por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en relación con los pro-

475 BENTLEY, “International Constraints on national tax policy”, *Tax Notes International*, vol.30, nº11, 2003.

476 LODIN, S-O., “What ought to be taxed and what can be taxed: a new International Dilemma”, *Bulletin of International Fiscal Documentation*, May 2000; OWENS, J., “Tax Administration in the Millenium”, *Tax Notes International*, vol.20, nº1, 2000; PICCIOTTO, S., “The State as a Legal Fiction”, en *Offshore Finance Centres and Tax Havens*, MacMillan, London, 1999; y JEFFERY, *The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation*, Kluwer, The Hague, 1999.

477 JEFFERY, *The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation*, Kluwer, The Hague, 1999.

478 DEL GIUDICE, “La cooperación internacional entre las Administraciones tributarias en un contexto de Globalización”, en 32º Asamblea del CIAT, Brasil, 1998.

479 Vid. paras.4, 7 y 11 del informe OCDE, *Access to bank information for tax purposes*, OECD, Paris, 2000; y para.30 del informe OCDE, *Harmful Tax Competition*, OECD, Paris, 1998.

480 OWENS, J., “Curbing Harmful Tax Competition”, *Intertax*, nº8-9, 1998.

481 NGOY, M., “International Income—The last remaining tax issue triggered by International Business”, *Tax Notes International*, vol.22, nº14, 2001; y HAMMER/OWENS, “Promoting tax competition”, *Tax Notes International*, vol.22, nº11, 2001.

blemas que plantean los precios de transferencia⁴⁸² o en torno a la fiscalidad de las operaciones de comercio electrónico.⁴⁸³

En este contexto de “coordinación fiscal (pilotada o guiada)” es en el que también hay que ubicar las iniciativas frente a la “competencia fiscal perniciosa” emanadas de la OCDE y del ECOFIN de la UE. Sin perjuicio de las relevantes diferencias que median entre el enfoque OCDE y el comunitario, no puede dejar de señalarse que ambas iniciativas comparten en cierta medida algunos de sus objetivos. A través de las mismas se pretende que los Estados miembros OCDE/UE puedan exaccionar de forma efectiva sus principales impuestos (IRPF e IS); tal objetivo se consigue cerrando las principales “avenidas” a la evasión y fraude fiscal internacional creadas por la globalización, estableciendo coordinadamente mecanismos disuasorios (intercambio de información efectivo) o que impidan tal fenómeno (retención en la fuente sobre rentas del capital).⁴⁸⁴

Con todo, no puede ocultarse que algunas de las medidas de coordinación tributaria material que están impulsando o “pilotando” organizaciones internacionales como la OCDE o la OMC o instituciones supranacionales como la CE requieren o traen consigo la articulación de medidas de cooperación fiscal internacional entre administraciones tributarias. En este sentido podría afirmarse que la coordinación fiscal y la cooperación fiscal internacional son dos caras de la misma moneda, cuyo desarrollo reciente obedece en gran medida al fenómeno de la globalización y que están contribuyendo a vertebrar tanto los ordenamientos tributarios nacionales como el propio sistema tributario internacional (en cristalización).⁴⁸⁵

V. Principales Conclusiones: a modo de Recapitulación.

A la vista de lo que acabamos de exponer, resulta evidente que el fenómeno de la globalización está ejerciendo una creciente influencia sobre las reglas y principios que configuran los ordenamientos tributarios nacionales, sin que tal incidencia haya desembocado en lo que algunos empiezan a llamar un “Derecho Tributario Global”.

Ciertamente, la globalización (especialmente la “económica”) ha traído consigo un cambio en el contexto sobre que operan las normas y sistemas tributarios, de forma que se ha pasado de un contexto de incipiente internacionalización a un orden o modelo que pivota sobre una alta interdependencia e internacionalización económica.

El ordenamiento tributario en el contexto anterior, esto es, el de relativa internacionalización económica se configuraba por los legisladores tributarios nacionales sin sometimiento a límites externos de carácter sustantivo. Los Parlamentos nacionales ostentaban un amplio margen de maniobra de cara a configurar el ordenamiento tributario, de suerte que los principales límites eran de carácter interno y nacional (los principios constitucionales tributarios).

Las principales reglas y principios elaborados en tal contexto de relativa internacionalización económica y de economías cerradas han quedado desfasados o superados en cierta medida debido al radical cambio de contexto económico. Estas reglas y principios son particularmente inadecuados en el nuevo escenario de globalización económica, toda vez que ahora las economías nacionales son abiertas e interdependientes. A su vez, la globalización ha supuesto un considerable ensanchamiento

482 OWENS, “Tax Systems in the New Millennium”, en *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer, The Hague, 2001.

483 VAN RAAD/DOERNBERG, “Transcript from the Symposium: Globalization and the taxation of Foreign investment”, *Tax Notes International*, vol.21, n°12, 2000.

484 WEINER, J., “The OECD’s forum on Harmful Tax practices and the new spirit of International cooperation”, en 2000 World Tax Conference Report, Canadian Tax Foundation, Toronto, 2000; OSTERWEIL, E., “The OECD Report on Harmful tax competition and the EU Code of Conduct”, en 2000 World Tax Conference Report, Canadian Tax Foundation, Toronto, 2000; MALHERBE, “Harmful tax competition and financial centres”, en *International and Comparative Taxation*, Kluwer, The Hague, 2002, pp.117-119; y HAMMER/OWENS, “Promoting tax competition”, *Tax Notes International*, vol.22, n°11, 2001.

485 BRAUNER, Y., “An international Tax Regime in Crystalization”, *Tax Law Review*, vol.56, 2003.

de los aspectos internacionales de los impuestos, pues cada vez son más los aspectos de la economía sobre las que las fuerzas del mercado global ejerce su influencia.

Los elementos del ordenamiento tributario sobre los que la globalización está ejerciendo una mayor influencia son los siguientes:

En primer lugar, entendemos que resulta innegable la incidencia de la globalización en el plano normativo. Así, cabe apuntar que existen nuevas fuentes en el ordenamiento tributario (como el Soft-law de la OCDE y de la UE) que se articulan en el seno de “centros de producción normativa externos” y con arreglo a principios no siempre coincidentes con los constitucionales-tributarios. En esta misma línea debe señalarse un redimensionamiento de las fuentes internacionales de normativa tributaria (CDIs, TCE, OMC/WTO, materiales OCDE y UE). A su vez, también debe ponerse de relieve cómo muchas de las normas tributarias que se producen en los Parlamentos nacionales están altamente influenciadas por materiales o pseudo-normas o principios internacionales o simplemente los Parlamentos nacionales están seriamente constreñidos por consideraciones (v.gr, económicas) externas (reglas del mercado mundial) a la hora de configurar la normativa de los impuestos que recaen sobre la riqueza volátil o la actividad económica susceptible de deslocalización.

En segundo lugar, en el plano de los principios puede afirmarse que los principios tributarios tradicionales y constitucionales vienen experimentando un grave erosión al prevalecer sobre los mismos las consideraciones de competitividad económica, de liberalización comercial y de capitales, así como la incidencia que una determinada medida tributaria puede poseer sobre los flujos de inversión. Muchas de las reglas y principios de fiscalidad internacional se sustentan sobre un acuerdo de reparto de poder tributario entre Estados que puede ser más o menos arbitrario. En otras ocasiones, son consideraciones de neutralidad, practicabilidad y la incidencia sobre la competitividad económica las que prevalecen en la configuración de tales normas. Por tanto, las consideraciones, elementos, criterios y principios que vienen informando principalmente la mayoría de las reglas y principios de fiscalidad internacional (y comunitarios), no coinciden plenamente con los que resultan de los principios constitucionales-tributarios vigentes en un buen número de países miembros de la OCDE. En este sentido, cabe observar cómo esta nota de “apricipialismo” de la fiscalidad internacional se está trasladando al resto del ordenamiento tributario, de manera que ciertos aspectos del núcleo duro de este último cada vez están siendo más influenciados por las referidas “consideraciones internacionales”.

En tercer lugar, en el ámbito de los principios formales del ordenamiento tributario también cabe advertir una cierta erosión del principio democrático sobre el que pivota el principio de legalidad tributaria, debido a la tendencia a desplazar directa o indirectamente a los Parlamentos nacionales como principal centro de producción de normas tributarias nacionales configuradas igualmente con arreglo a principios nacionales. La eclosión del Soft-Law y de la denominada backdoor legislation en el sentido que antes hemos indicado afecta en cierta medida al principio democrático en el modo de producción de normativa tributaria. A su vez, tampoco puede perderse de vista que en muchas ocasiones los Parlamentos nacionales están totalmente cautivos o poseen escaso margen de maniobra para regular determinadas materias de naturaleza tributaria, merced a condicionantes extrínsecos de tipo económico o de otro tipo (coordinación internacional). El resultado no es otro que la existencia de un policentrismo de fuentes de normativa tributaria, de suerte que determinado tipo de “normas” están producidas ya al margen, ya con escasa intervención de los parlamentos nacionales.

En cuarto lugar, en lo que afecta al plano de la configuración y estructura del sistema tributario, esto es, el tipo de impuestos que integran el sistema tributario y su peso dentro del mismo (tax mix), así como el reparto de las cargas fiscales entre los contribuyentes (allocation of tax burdens), lo cierto es que las estadísticas elaboradas por la OCDE han revelado grandes cambios en las últimas dos décadas. En concreto, se observa una tendencia a que los impuestos directos pierdan peso recaudatorio en los sistemas tributarios de los países miembros de la OCDE, así como que la riqueza móvil o la actividad susceptible de deslocalización sea objeto de una imposición especialmente ventajosa o

reducida en comparación con las restantes fuentes de capacidad económica. Se viene manteniendo que tales cambios en la configuración del sistema tributario son causados por el fenómeno de la globalización.

En quinto lugar, también se ha destacado la incidencia de la globalización en el plano administrativo o del control fiscal por parte de la Administración tributaria. A este respecto, se ha observado una pérdida de soberanía fiscal debido a una clara disminución de la capacidad de la Administración tributaria de controlar la efectiva aplicación y cumplimiento de las normas tributarias que se proyectan sobre actividades económicas o manifestaciones de capacidad económica que se realizan más allá de las fronteras nacionales.

En sexto lugar, la globalización también ha traído consigo nuevas realidades que hay que ordenar a escala global (v.gr., comercio electrónico, la tributación de las multinacionales, el global trading, la competencia fiscal perniciosa entre Estados, los principios de reparto de poder tributario entre los Estados, etc.) y ha intensificado otros problemas preexistentes (fraude y evasión fiscal internacional).

El alcance de los problemas antes referidos y la incidencia distorsionadora de la globalización sobre los sistemas tributarios nacionales ha sido tal que ha provocado una reacción de los Estados (cuando menos en los miembros de la OCDE) dirigida a resolver o atenuar tal incidencia por la vía de la coordinación y la cooperación fiscal internacional como principales vías para garantizar la pervivencia del modelo de sistema tributario que ha venido operando en los países occidentales.

El movimiento de coordinación fiscal internacional se están haciendo bascular sobre la actividad desplegada por determinadas organizaciones internacionales como la OCDE, el FMI, la ONU y la OMC y se ha proyectado principalmente sobre las siguientes materias, a saber:

- Los principios de tributación de las multinacionales (v.gr., Directrices OCDE de Precios de Transferencia);
- Los principios de fiscalidad del comercio electrónico (el Acuerdo de Ottawa de 2001);
- Los principios de reparto de poder tributario a nivel internacional (v.gr., Modelos de Convenio de la OCDE para eliminar la doble imposición y de asistencia mutua) y los mecanismos de protección del interés fiscal de los Estados (uniformación y estandarización de cláusulas anti-abuso, uniformación de potestades de acceso a la información bancaria y sobre entidades a efectos fiscales);
- Los principios fiscales articulados en el acuerdo de la OMC/WTO (prohibición de medidas de proteccionismo fiscal y subsidios a la exportación);
- Los principios sobre competencia fiscal perniciosa tanto en relación con países miembros de la OCDE como frente a paraísos fiscales (tax havens), esto es, el establecimiento de unos estándares internacionales de transparencia –umbral mínimo potestades de la Administración tributaria de acceso a información sobre titularidad de entidades (accionistas/beneficiarios últimos, su contabilidad y administradores), así como sobre activos gestionados por entidades financieras, fiducias, fundaciones y trusts—e intercambio de información entre Estados.

La cooperación fiscal internacional también se ha potenciado intensamente en el plano administrativo para recuperar los niveles de control fiscal que permitan garantizar el cumplimiento efectivo del modelo impositivo actual que pivota sobre el impuestos sobre la renta que gravan la capacidad económica mundial o global de los contribuyentes y la figura del Estado de residencia como Estado que contempla tal capacidad económica global de los contribuyentes y subjetiviza el gravamen y lo adapta al conjunto de circunstancias propias del llamado a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en tal Estado. En los últimos años (2000-2009) asistimos a un importante desarrollo de los mecanismos de intercambio de información por parte de la OCDE. En concreto, cabe destacar cómo los modelos OCDE para eliminar la doble imposición de 2000, 2003, 2005 y 2008, así como el modelo de convenio OCDE de 2002 de intercambio de información en materia tributaria suponen

avances sustantivos que articulan un nuevo modelo de cooperación fiscal internacional. Sobre la base de estos nuevos mecanismos de asistencia administrativa mutua se están desarrollando un nuevo tipo de actuaciones administrativas como las inspecciones fiscales simultáneas, el desplazamiento de inspectores de un país a otro, la asistencia en la recaudación, etc. El principal impulso político ha esta iniciativa de la OCDE lo ha recibido del G-20, tras el acuerdo de 2 de abril de 2009 de implementar a nivel mundial los estándares de transparencia e intercambio de información establecidos por la OCDE.

En este mismo orden de cosas, cabe traer aquí a colación las reflexiones de destacados académicos que han señalado cómo la globalización económica operada a partir de la década de los años 80 ha terminado afectando de forma notable a la configuración de los sistemas tributarios hasta el punto de que los Estados se encuentran limitados por este fenómeno a la hora de establecer su propia política fiscal.⁴⁸⁶ De hecho, algunos destacados autores como SOL PICCIOTTO (Universidad de Lancaster en Reino Unido) y AVI-YONAH (Universidad de Harvard y actualmente de Michigan), han puesto de relieve cómo el actual contexto de globalización ha traído igualmente consigo una auténtica crisis internacional de la imposición sobre la renta (especialmente de la renta del capital (money-capital) o ahorro privado y de la renta de actividades empresariales deslocalizables) que está debilitando la denominada “gobernanza” de los Estados, esto es, su capacidad para mantener y desarrollar el conjunto de servicios públicos y programas sociales que caracterizan al Estado del bienestar.⁴⁸⁷ En este sentido, el citado profesor PICCIOTTO considera que sólo un radical cambio en el actual sistema de cooperación fiscal internacional permitiría recuperar tal gobernanza reinstaurando la vigencia y efectividad de los impuestos sobre la renta evitando al mismo tiempo la pérdida de legitimidad de tal impuesto (las grandes posibilidades de fraude fiscal internacional traerían consigo una percepción de impuesto injusto) y su progresiva sustitución por un conjunto de exacciones fiscales de carácter indirecto (un cierto retorno al sistema impositivo existente antes de la instauración del Estado moderno). Otros autores, como KEEN y LIGHART, consideran que el intercambio de información constituye la “última esperanza” de la imposición sobre la renta, tal y como actualmente la conocemos, así como los cimientos y herramienta básica para articular las principales medidas antiabuso.⁴⁸⁸

486 Vid. la bibliografía y el trabajo de CAAMAÑO/CALDERON, “Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?”, *REDF*, nº114, 2000, pp.245 y ss.

487 En parecidos términos AVI-YONAH, “Globalisation, tax competition and the fiscal crisis of the Welfare State”, *Harvard Law Review*, vol.113, nº7, 2000, pp.1575 y ss. En particular, destaca el profesor Picciotto que durante al menos un siglo, el impuesto sobre la renta ha sido la pieza clave del Estado fiscal moderno y ha permitido un masivo crecimiento del gasto público, especialmente después de que tal impuesto se haya consagrado como un impuesto de masas (*mass tax*) en los países desarrollados capitalistas. Sin embargo, el impuesto sobre la renta ha sido dañado por la pérdida de solidaridad social, con el crecimiento de las desigualdades de renta y la creciente dificultad para gravar la renta del capital. Las oportunidades para la evasión de los impuestos sobre la renta se han incrementado especialmente debido a la liberalización financiera impulsando un explosivo crecimiento de la industria offshore, la cual se aprovecha de las debilidades del sistema de coordinación fiscal internacional. La misma tendencia se aprecia en relación con el impuesto sobre sociedades, en relación con las empresas transnacionales. Así, en la medida en que los impuestos sobre la renta constituyen una pieza clave para que los Estados modernos (el Estado fiscal) cumplan sus funciones y puedan ejercer su gobernanza a través de medidas como el desarrollo de servicios públicos, infraestructuras y programas sociales, la erosión de tal impuesto debido, tanto a las dificultades para su efectiva supervisión administrativa y cumplimiento por los contribuyentes, como por la pérdida de legitimidad (que afecta negativamente al cumplimiento voluntario) consecuencia de una creciente percepción de impuesto injusto debido a las grandes posibilidades que tienen algunos contribuyentes de defraudarlo o evitarlo, posee consecuencias de alcance. Por un lado, afecta a los propios Estados de cara a allegar los recursos financieros necesarios para cumplir sus funciones. Por otro lado, afecta a la propia estructura del sistema tributario y la justicia del mismo, de suerte que de continuar tal crisis del impuesto sobre la renta no cabe descartar su paulatina sustitución por exacciones fiscales menores (v.gr, tasas) que generalmente tendrán efectos regresivos y no colaboran a la redistribución de renta y la realización de la igualdad material (vid PICCIOTTO (2007), “The International Crisis of Income Taxation: Combating Tax Havens, Capital Flight and Corruption”, *University of Lancaster*, UK).

488 KEEN/LIGHART (2004), p.3. A su vez, estos autores recomiendan que los Estados hagan pública la información sobre la efectiva aplicación de los mecanismos de cooperación fiscal internacional, como hacen países como España,

En suma, la globalización está reconfigurando progresivamente los ordenamientos tributarios, de suerte que éstos se están transformando desde un punto de vista formal y material. Tal proceso de transformación está inacabado, de suerte que en la hora actual sería aventurado arriesgar el horizonte de los nuevos ordenamientos tributarios

VI. Una reflexión final: ¿Puede considerarse que existe actualmente un auténtico “international tax system”?

En los últimos tiempos se está empezando a debatir sobre la existencia de un auténtico “international tax regime” o incluso de un “Global tax system”, en el sentido de una suerte de “sistema de tributación internacional” o “Derecho Tributario Global” que se superponga al Derecho Tributario nacional y prevalezca sobre el mismo limitando la soberanía de los Estados para regular determinadas parcelas del ordenamiento tributario.⁴⁸⁹

Algunos autores como el profesor ROSENBLOOM,⁴⁹⁰ consideran que en el momento presente no puede hablarse en sentido estricto de un “international tax system”, por cuanto los impuestos todavía son creación de los legisladores nacionales. Sin embargo, el citado profesor norteamericano no se resiste a poner de manifiesto el intenso grado de coordinación y convergencia entre sistemas fiscales, impuestos, conceptos y principios que se ha ido produciendo en las últimas décadas, merced a la acción del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. En particular, destaca que la principal fuente del Derecho Tributario Internacional la constituyen los CDIs, los cuales han contribuido de forma relevante a la uniformación de la fiscalidad internacional. Ahora bien, la existencia de problemas como el international tax arbitrage evidencia la inexistencia de un auténtico “international tax system”.⁴⁹¹

El profesor AVI-YONAH,⁴⁹² por su parte, toma como base las ideas de ROSENBLOOM señalando, asimismo, que tal convergencia se debe a que los sistemas tributarios nacionales vienen interactuando los unos con los otros debido a la internacionalización de la economía, lo cual ha terminado conduciendo a su mutua influencia. No obstante, considera que en la hora actual sí puede hablarse de un “international tax regime”, en la medida de que en la práctica los Estados a la hora de configurar sus impuestos están limitados por una serie de principios de fiscalidad internacional aceptados por la mayoría de los países. En particular, considera que la red de más de 2000 convenios de doble imposición que existen firmados en el mundo entre los diferentes países constituye un “international tax regime”, que establece un lenguaje fiscal común y articula unos principios definidos que se encuentran subyacentes en los mismos y que son comunes a tales convenios.⁴⁹³ AVI-YONAH

Suecia o Países Bajos, en la medida en que ello contribuiría a darle credibilidad al mecanismo frente a los contribuyentes (p.16).

489 AVERY-JONES, “Are tax treaties necessary?”, *Tax Law Review*, vol.53, nº1.

490 ROSENBLOOM, D., “The David R. Tillinghast lecture: International tax Arbitrage and the International Tax System”, *Tax Law Review*, vol.53, 2000.

491 ROSENBLOOM, D., “The David R. Tillinghast lecture: International tax Arbitrage and the International Tax System”, *Tax Law Review*, vol.53, 2000.

492 AVI-YONAH, R., “Commentary to the Rosembloom´s International tax arbitrage article”, *Tax Law Review*, vol.53, 2000.

493 AVI-YONAH, R., “Commentary to the Rosembloom´s International tax arbitrage article”, *Tax Law Review*, vol.53, 2000; y del mismo autor, *International Tax as International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp.2 y ss. Destaca el profesor Avi-Yonah que en estos CDIs subyacen dos grandes principios, a saber: a) el *single tax principle*, con arreglo al cual la renta derivada de operaciones transnacionales debe ser gravada al menos una vez (esto es, ni más pero tampoco menos de una vez), al tipo de gravamen determinados por el principio del beneficio. Este principio lo relaciona con la eliminación de la doble imposición internacional, en el sentido de que su no eliminación generaría un desincentivo a la inversión en el exterior y las correspondientes ineficiencias económicas, en tanto que una inferior tributación de la renta extranjera (undertaxation) en relación con la nacional vulneraría la equidad vertical y horizontal frente a otros contribuyentes con idéntica capacidad económica; b) el principio del beneficio asigna primariamente el derecho a gravar la renta activa empresarial al Estado de la fuente y el derecho de gravar primariamente la renta pasiva de inversión al Estado de la residencia del contribuyente. Según este autor, desde el punto de vista teórico el principio del beneficio tiene sentido en la medida en que son principalmente las personas

llega incluso a afirmar que tales convenios han creado “costumbre internacional” (costumbre fiscal internacional), de manera que los Estados no son libres para configurar su Derecho Tributario cuando regulan cuestiones que forman parte del contenido de tal “costumbre internacional”.⁴⁹⁴

El profesor AVI-YONAH ha tratado de fundamentar su posición considerando las implicaciones que se derivan de mantener su tesis o las teorías que abogan lo contrario. Así, trata de evitar un

físicas las que obtienen renta pasiva de inversión, en tanto que la renta activa empresarial la obtienen generalmente las entidades. En el caso de las personas físicas, la tributación en la residencia tiene lógica de bido a que, por un lado, su residencia es fácil de definir y, por otro, los individuos, como regla, solo son parte de una sociedad, de forma que las cuestiones distributivas pueden ser abordadas de forma más efectiva en el Estado de residencia; en tercer lugar, la residencia se solapa con la vinculación política, y en países democráticos, la tributación en la residencia es una manifestación o representación del principio de autoimposición. En el caso de las empresas multinacionales, la tributación en la fuente parece preferible. En primer lugar, los fundamentos para la tributación de las personas físicas en la residencia no se aplican para las empresas. La residencia de las entidades es difícil de establecer y relativamente carente de sentido. La residencia basada en el lugar de constitución es formalista y sujeta al control del contribuyente; la residencia basada en la dirección y el control también puede ser manipulada. Asimismo, las multinacionales no son parte de una única sociedad (civil) y su renta no pertenece a una particular sociedad (civil) a efectos distributivos. Finalmente, las multinacionales ejercen una significativa influencia en jurisdicciones distintas de la de residencia fiscal de su matriz, y en consecuencia las cuestiones que derivan de la tributación de los no residentes que carecen del derecho a votar es menos aplicable a ellas. En segundo lugar, continua Avi-Yonah, la tributación en la fuente de la renta activa empresarial es consistente con una perspectiva del principio del beneficio para justificar la tributación. Los Estados de la fuente proporcionan importantes beneficios a las entidades que realizan actividades empresariales en su territorio. Tales beneficios incluyen las infraestructuras o la educación, así como otras políticas gubernamentales más específicas tales como proporcionar tipos de cambio estables y tipos de interés bajos. Tales beneficios justifican la tributación en la fuente de las entidades en el sentido de que el Estado de la fuente soporta algunos de los costes de proveer tales beneficios que son necesarios para la obtención de la renta, lo cual justifica que tal Estado grave esta renta (*the first bite at the apple*). También apunta el referido autor que esta distribución del poder tributario atendiendo al tipo de renta y el sujeto que la obtiene resulta consistente con el *single tax principle*, de manera que la tendencia es que la renta pasiva obtenida por personas físicas solo se grave en residencia y la renta activa empresarial se grave en la fuente (estando exenta en la residencia).

494 AVI-YONAH, “Essay: International Tax as International Law”, *Tax Law Review*, vol.57, 2004, pp.483 y ss.; y del mismo autor, *International Tax as International Law, An analysis of the International Tax Regime*, op. cit. pp.2-12. En concreto, el autor pone varios ejemplos de costumbre fiscal internacional: a) la territorialidad impositiva y la prohibición de extraterritorialidad fiscal; b) el derecho prioritario de gravamen del Estado de la fuente; c) la obligación del Estado de residencia de eliminar la doble imposición cuando grava renta extranjera; d) el principio de no discriminación en materia tributaria tal y como es recogido en el art.24 de los CDIs; y e) el principio de plena competencia. A nuestro entender, resulta muy dudoso que pueda defenderse la existencia de un sistema de fiscalidad internacional que opere como costumbre internacional limitando la soberanía fiscal de todos los Estados de la Comunidad Internacional. Por un lado, tal sistema de fiscalidad internacional no existe, dada su carácter claramente incompleto, la indefinición de sus contenidos (las pretendidas reglas o principios de fiscalidad internacional) y la falta de uniformidad en la forma en que cada Estado delimita sus reglas de tributación internacional. Por otro lado, no resulta tampoco nada claro que concurra el elemento de “*opinio iuris*” de la costumbre internacional, en el sentido de que los Estados siguen tal regla o práctica reiterada considerando que con ello obedecen a una regla jurídica de *ius cogens*. Buena muestra de la inexistencia de un sistema de fiscalidad internacional viene dado por la inexistencia de consenso internacional sobre un buen número de cuestiones básicas como por ejemplo: a) la delimitación de la jurisdicción impositiva: la determinación de la residencia fiscal de personas físicas y entidades, o de la fuente de la renta y el derecho a someterla a imposición; b) sobre la eliminación de la doble imposición internacional en determinados supuestos (conflictos sobre residencia fiscal o sobre el origen de la renta o sobre la imputación de la renta a un sujeto o sobre la determinación de la base imponible). Es cierto que los sistemas tributarios de los Estados suelen poseer una estructura similar en lo que concierne a los aspectos internacionales de sus impuestos, pero más allá de tal estructura no hay uniformidad (monolitismo) ni tampoco una consciencia generalizadas de los Estados de que están limitados jurídicamente por una costumbre internacional a la hora de configurar su Derecho y sistema tributario. Igualmente, debemos indicar que si bien los CDIs han contribuido de forma muy relevante a crear esa similitud estructural en los sistemas tributarios de los Estados —en lo que concierne fundamentalmente a los aspectos internacionales de los impuestos—, lo cierto es que tales convenios operan principalmente como mecanismos de engranaje de sistemas tributarios y distribución de poder tributario entre Estados y no tanto como mecanismos de armonización de reglas materiales de Derecho tributario (quizás con la excepción de los arts.7 y 24 MC OCDE). Nótese, a su vez, que la mayoría de los Estados distingue entre el régimen tributario aplicable cuando es aplicable un CDI y el régimen tributario aplicable cuando no se aplica un CDI, de suerte que en este segundo supuesto las reglas son distintas y dependen totalmente de lo establecido unilateralmente por el legislador de ese Estado.

debate puramente tautológico centrando la cuestión a partir de sus consecuencias de fondo, lo cual constituye sin duda una gran aportación de este autor. Mantiene este autor que si no existe un “international tax system” los Estados serían libres para ordenar su Derecho y sistema tributario a su antojo, sin tener que observar ninguna regla o principio internacional; de esta manera podrían gravar renta extraterritorial (lo cual, a mi juicio sí acontece en algunos casos y precisamente los EE.UU son un país representativo a tal efecto: tributación de sus nacionales y de las CFCs). También se refiere al supuesto del arbitraje internacional y la doble no imposición, manteniendo que si no existiera un “international tax system” tal fenómeno resultaría admitido y los contribuyentes serían libres para explotar las diferencias entre sistemas fiscales, lo cual no ocurre, a su juicio, ya que hay disposiciones a nivel interno que persiguen evitar tal arbitraje (v.gr, las dual consolidated loss rules).⁴⁹⁵

Como ya indicamos, la posición diametralmente opuesta ha sido defendida por ROSEN-BLOOM⁴⁹⁶ que niega la existencia de un auténtico sistema coherente de fiscalidad internacional (coherent international tax system) considerando que los Estados son libres para regular su Derecho y sistema tributario –sin perjuicio de las limitaciones derivadas de los tratados internacionales– y que los contribuyentes pueden aprovecharse de las diferencias existentes entre los distintos sistemas fiscales para minimizar su tributación en las operaciones internacionales, sin que ello resulte contrario a Derecho.

Una posición intermedia, con la que nos identificamos, parte de la premisa de que “la gran ilusión de un sistema tributario mundial y único que eliminara todas las ineficiencias internacional y asistiera a todas las naciones en la maximización de sus relativas ventajas o intereses es comúnmente aceptada como una utopía”.⁴⁹⁷ Sin embargo, a pesar de que no puede considerarse que en la hora actual existe un auténtico y coherente sistema de fiscalidad internacional de carácter mundial, que articule un conjunto completo de principios y límites que ordenen la materia y relaciones sobre las que se proyecta la fiscalidad internacional. Es decir, ni tal sistema existe, ni los principios que actualmente podrían identificarse tienen carácter mundial, ni resultan jurídicamente vinculantes en todos los casos para los diferentes Estados. Buena muestra de ello resulta de considerar que fenómenos como el arbitraje internacional o conflictos fiscales como la doble imposición internacional (vgr. derivados en muchos casos de source rules asimétricas y descoordinadas) constituyen elementos que acontecen en el contexto actual sin que se hayan articulado soluciones definitivas ni globales en relación con los mismos; por el contrario, existen un gran número de cuestiones donde no hay consenso fiscal internacional entre los distintos países, de manera que cada Estado adopta su política fiscal y normativa atendiendo a sus intereses y condicionantes.

Ahora bien, dicho esto no podemos menos que destacar varias realidades contemporáneas que permiten hablar o aludir a la existencia de un germen de “international tax system”.

Por un lado, como ya indicó AVI-YONAH, los Convenios de doble imposición y en general los trabajos del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE y en menor medida de la ONU, han contribuido a crear un cuerpo de principios de fiscalidad internacional que pueden considerarse ampliamente aplicados a nivel mundial; estos convenios llevan implícito un conjunto de principios de fiscalidad internacional, articulan un determinado reparto del poder tributario, aportan una terminología y conceptos comunes que conforman un lenguaje fiscal internacional, y establecen un conjunto de mecanismos

495 El apartado 4º del artículo 23 B MC OCDE 2000-2008 recoge una cláusula que trata de evitar determinados supuesto de doble no imposición en el marco de los CDIs; no obstante, tal cláusula, posiblemente debido a su complejidad y ambigüedad, no ha cristalizado más allá del Modelo OCDE, de suerte que desconocemos casos concretos de CDIs que la hayan incorporado. Vid. CALDERON, “Métodos para eliminar la doble imposición” en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, Ciss, Valencia, 2009, pp.565 y ss.

496 ROSENBLOOM, D., “The David R. Tillinghast lecture: International tax Arbitrage and the International Tax System”, *Tax Law Review*, vol.53, 2000. Este autor llega a decir que “tal sistema fiscal internacional parece ser imaginario”.

497 McLURE, “Tax Policies for the XXIst Century” en *Visions of the Tax Systems of the XXIst Century*, IFA, Kluwer, 1996; y BRAUNER, Y., “An international Tax Regime in Crystalization”, *Tax Law Review*, vol.56, 2003, p.259.

e instituciones que entrañan no sólo una auténtica coordinación fiscal internacional y engranaje de sistemas tributarios sino también una cooperación fiscal internacional entre las administraciones tributarias de los Estados contratantes. Esta coordinación fiscal de principios, terminología, conceptos e instituciones que se produce a través de los CDIs que siguen el MC OCDE al haberse mundializado y resultar claramente consolidada tras más de 50 años de uso continuado ha traído consigo una cierta armonización fiscal de los sistemas tributarios de los países que habitualmente emplean estos convenios. A este fenómeno se ha referido BRAUNER denominándolo la “modelización de las normas de fiscalidad internacional” (modelization of the international tax rules).⁴⁹⁸

Por otro lado, también se ha destacado el hecho de que actualmente determinados aspectos de los sistemas y ordenamientos tributarios de los Estados se ha armonizado por la vía de hecho en lo que afecta a los elementos estructurales del sistema tributario de los diferentes países;⁴⁹⁹ las causas de esta uniformación de hecho posiblemente sean múltiples y de diferente naturaleza; entre ellas, sin duda, cabría mencionar las “fuerzas económicas” derivadas de la internacionalización y globalización económicas que bien podrían haber aconsejado a los legisladores de los diferentes países a establecer reglas coordinadas a nivel internacional bien para eliminar obstáculos fiscales,⁵⁰⁰ bien para fomentar una mayor competitividad económica,⁵⁰¹ o bien atendiendo a consideraciones de tipo geopolítico y financiero.⁵⁰²

Entendemos que en los últimos tiempos esta coordinación fiscal internacional, que se articula a través de distintos tipos de instrumentos (normalmente a través de Soft-Law como Modelos de Convenio OCDE, recomendaciones de la OCDE, acuerdos políticos globales como los del G-20) y está siendo liderada por el think tank de la OCDE, está avanzando considerablemente logrando la “armonización material” a nivel mundial de importantes aspectos de la fiscalidad de los Estados; como ejemplos pueden citarse la fiscalidad del comercio electrónico, la tributación del establecimiento permanente y de las operaciones intragrupo de acuerdo con el estándar internacional del principio de plena competencia, o la transparencia y el intercambio de información entre Estados. Posiblemente, el mayor logro de la OCDE en esta materia venga representado por el establecimiento a nivel mundial del principio de plena competencia como un estándar internacional para el gravamen de las operaciones intragrupo internacionales, de suerte que actualmente las Directrices OCDE de Precios de Transferencia pueden ser consideradas fuente del Derecho en la mayoría de las jurisdicciones del

498 BRAUNER, Y., “An international Tax Regime in Crystalization”, op. cit. pp.260-261. Este enfoque de modelización de las reglas de fiscalidad internacional se trató de implementar de forma más amplia por la vía de crear un “modelo de código fiscal” –el *Basic Worldwide Tax Code*” creado por los profesores Lubick y Hussey; se trató de implementar este modelo de código en determinados países africanos y exrepúblicas soviéticas, pero tal iniciativa no ha obtenido los resultados esperados.

499 WUNDER (“Are International Tax Regimes Monolithic?”, *Tax Notes International*, vol53, nº7, 2009, pp.621 y ss) ha realizado un estudio empírico de 105 países sobre los elementos estructurales de su sistema tributario (IS, IRPF, impuestos indirectos sobre ventas) llegando a la conclusión de que existe un cierto grado de uniformidad entre ellos en los aspectos estructurales, pero no más allá. Entiende el autor que no puede hablarse en este sentido de la existencia de un *World Tax System* monolítico, esto es, como una unidad uniforme.

500 Como ejemplo de este tipo de armonización fiscal podrían considerarse: a) la articulación de reglas fiscales armonizadas y coordinadas sobre la fiscalidad del comercio electrónico; b) la eliminación de la doble imposición internacional por el Estado de la residencia; c) las limitaciones tradicionales a la proyección exterior del poder tributario excluyendo casos de extraterritorialidad, con todo lo que ello significa a efectos de source rules.

501 Como ejemplos de esta tipología cabría destacar: la tendencia a articular sistemas tributarios duales o semiterritoriales en lo que afecta a la tributación del Impuesto sobre sociedades, esto es, la expansión del régimen de participation exemption o de los regímenes de entidades holding o de los que incentivan el I+D+i o crean un régimen privilegiado para la renta derivada de la propiedad industrial e intelectual.

502 Podría considerarse que el proyecto OCDE de Competencia Fiscal Perniciosa tras el respaldo explícito del G-20 (acuerdo de 2 de abril de 2009) está conduciendo a una armonización a nivel mundial de las potestades de acceso de la Administración a determinado tipo de información (Transparencia) y a la cooperación fiscal internacional (Intercambio de Información) como medio para garantizar la efectiva aplicación (enforcement) y supervivencia de los sistemas tributarios de los Estados que adoptan un modelo de imposición sobre la capacidad económica mundial de los contribuyentes.

mundo, siendo como son un clásico producto de Soft-Law internacional que se ha convertido en una de las primeras fuentes que pueden ser calificadas como de “Derecho Tributario Global”, esto es, cuyo origen y configuración es fundamentalmente internacional.⁵⁰³

Con todo, no podemos dejar de reconocer lo que indicamos al principio: no existe un auténtico sistema fiscal internacional coherente y único a nivel mundial, sino que los Estados siguen ostentando poder tributario para configurar su Derecho y sistema tributario, aunque el grado de autonomía del poder tributario de los Estados para configurar aquellos aspectos o elementos sobre los que la globalización ejerce influencia se está estrechando paulatinamente, de manera que puede afirmarse que los Estados son cada vez menos “soberanos” en materia tributaria. Las fuerzas económicas que forman parte de la globalización limitan de facto tal poder tributario.⁵⁰⁴ Y por otro, se está produciendo un doble proceso de coordinación fiscal y de armonización fiscal que afecta principalmente a los aspectos internacionales de los impuestos. Ahora bien, debe insistirse en que no existe un auténtico sistema coherente de fiscalidad internacional de alcance mundial, sino que existen principios de fiscalidad internacional y tratados internacionales que contribuyen a conformar la fiscalidad internacional de los diferentes países especialmente en lo tocante a las relaciones fiscales internacionales. En este contexto, la competencia fiscal entre Estados y el arbitraje fiscal internacional forman parte del orden o estado actual de cosas o del “sistema”, lo cual impide que éste exista en sentido estricto al privarle de “coherencia interna”. Posiblemente, sea más adecuado hablar de un “sistema tributario internacional en cristalización”, como sugiere el profesor BRAUNER.⁵⁰⁵

Por último, no puede perderse de vista que el debate sobre la existencia o inexistencia de un auténtico sistema fiscal internacional, en último análisis, lo que encubre en un segundo debate de política fiscal en torno a la posición que deben adoptar los diferentes países sobre la autonomía en la configuración de su sistema tributario. Así, los partidarios del establecimiento de un sistema tributario internacional abogan por la coordinación fiscal global y la armonización fiscal material; por ejemplo, BRAUNER, partiendo de posiciones de autores que han reclamado una mayor coherencia en el sistema de fiscalidad internacional,⁵⁰⁶ se muestra a favor de un enfoque global de coordinación fiscal internacional a través de una gradual armonización de determinadas reglas o materias (rule harmonization approach que no implique armonización de tipos impositivos/rate harmonization),⁵⁰⁷

503 Sobre esta cuestión, vid. CALDERON, “The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law?”, *Intertax*, vol.35, nº1, 2007, pp.4 y ss.

504 Piénsese, por ejemplo, en el gravamen (dual) de los rendimientos del ahorro en el IRPF o en la imposición (*rectius*, defiscalización) de los intereses y rendimientos de la Deuda Pública obtenida por no residentes.

505 BRAUNER, Y., “An international Tax Regime in Crystalization”, op. cit. pp.259 y ss.

506 Por ejemplo, KINGSTON (“The Coherence of International Taxation”, *Columbia Law Review*, vol.81, 1981, pp.1151 y ss.), ha postulado que la fiscalidad internacional de los EE.UU. resulte más coherente considerando la interacción normativa de tal regulación con la de los países que pueden estar involucrados o interconectados con la misma relación fiscal internacional.

507 BRAUNER, Y., “An international Tax Regime in Crystalization”, op. cit. pp.291 y ss. Brauner fundamenta la armonización en razones de eficiencia, transparencia y simplicidad. Así, los principales argumentos esgrimidos por este autor son los siguientes; básicamente, considera que el contexto económico global requiere de la armonización de determinadas normas y materias en la medida en que la fiscalidad no es neutral y posee efectos distorsionadores de las decisiones económicas, pudiendo obstaculizar el comercio o la realización de determinadas operaciones o inversiones o fomentar que se realicen de una determinada forma pero generando ineficiencias económicas; considera igualmente que la armonización articula un objetivo de eficiencia ya que reduciría los costes de transacción, los costes administrativos y reforzaría la capacidad de las administraciones de supervisar el correcto y efectivo cumplimiento de su sistema tributario con lo cual éste ganaría en equidad y legitimidad. También apunta que las soluciones bilaterales no son aptas para resolver los problemas que plantea la globalización. La idea de un tratado fiscal multilateral le resulta atractiva para articular estas iniciativas de armonización, considerando igualmente que la OCDE constituye la organización internacional que por su expertise en la materia debería liderar esta armonización.

en tanto que otros autores como ROSENBLOOM, ROIN,⁵⁰⁸ MELO,⁵⁰⁹ GRAETZ,⁵¹⁰ o DAGAN,⁵¹¹ postulan una fiscalidad internacional basada en políticas fiscales definidas autónoma y unilateralmente donde reine la competencia fiscal –y, por tanto, en la no armonización—considerando que el mercado y la competencia constituye la mejor fórmula para asignar recursos.⁵¹² A nuestro entender, la posición que postula una mayor coordinación fiscal global a través de una gradual y limitada armonización fiscal de determinadas materias, a pesar de las objeciones que también plantea,⁵¹³ es la que posiblemente posea más sentido en el contexto actual de globalización económica de cara a lograr una mayor coherencia del sistema, eliminar los obstáculos al comercio y actividad transnacional, siempre y cuando ello se lleve a cabo respetando un cierto nivel de autonomía o soberanía de los Estados en la configuración de su Derecho y sistema tributario y tal armonización se complemente con una mayor cooperación fiscal internacional que dote de mayor equidad y legitimidad a los sistemas tributarios.

508 ROIN, J., “Competition and Evasion: Another Perspective on International Tax Competition”, *Geo.L.J.*, vol.89, 2001, pp.543 y ss.

509 MELO, “Taxation in the Global Arena: preventing the erosion of National Tax Bases or Impinging on Territorial Sovereignty?”, *Pace International Law Review*, vol.12, 2000, pp.182 y ss.

510 GRAETZ, “Taxing International Income: inadequate principles, outdated concepts, and Unsatisfactory Policies”, *Brook.J.Int’l L.*, vol.26, 2001, pp.1357 y ss.

511 DAGAN, T, “The tax treaties Myth”, *N.Y.U.J.Int’l L. & Pol.*, vol.32, 2000, p.939 y ss.

512 Estos autores minimizan la utilidad de la coordinación fiscal entre los Estados a través de los CDIs y se oponen a la armonización en tanto que limitadora de la soberanía de los Estados y de su capacidad para articular una política fiscal adecuada a los intereses nacionales.

513 Uno de los problemas que plantea este enfoque, a pesar de tratarse de una propuesta de armonización gradual y no total –no un *all-or-nothing approach*: armonizarlo todo (tipos de gravamen incluidos) o nada—, es que en sí mismo la articulación de cualquier enfoque de armonización material de una norma tributaria normalmente posee implicaciones de política fiscal y económica, es decir, no es neutral (piénsese por ejemplo en los métodos para eliminar la doble imposición). Por otro lado, determinar qué materias armonizar resultaría igualmente complejo, ya que tal armonización termina en muchos casos limitando la competencia fiscal (o bien conduce a que tal competencia fiscal se articule principalmente a través de los tipos de gravamen).

DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: ¿HACIA EL IUS COMMUNE O UNA LEX ADMINISTRATIVA?

EL DERECHO AMBIENTAL Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.

Dr. Francisco Javier Sanz Larruga

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de A Coruña (España)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

I. GLOBALIZACIÓN, MUNDIALIZACIÓN, INTERDEPENDENCIA Y PROTECCIÓN AMBIENTAL.

II. EL “DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL” Y EL DERECHO AMBIENTAL. HACIA UN “DERECHO AMBIENTAL GLOBAL”.

1. ¿Un nuevo “Derecho Global”?

2. La emergencia del “Derecho Administrativo Global” y su relación con el Derecho Ambiental.

3. Hacia un “Derecho Ambiental Global”.

III. LOS “BIENES PÚBLICOS MUNDIALES” Y EL “PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD” COMO EXPONENTES DEL NUEVO “DERECHO AMBIENTAL GLOBAL”.

IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL.

INTRODUCCIÓN

Son tiempos de grandes incertidumbres los que estamos viviendo, pero sobre todo son momentos en los que, más que nunca, los desafíos en el mundo económico, social, político, cultural, etc. han adquirido una dimensión global. Y, en este sentido, el Derecho Administrativo (Administrative Law) no ha permanecido al margen de los múltiples y complejos efectos de la globalización económica y de la mundialización de los fenómenos y experiencias que, en breves instantes, recorren lo largo y ancho del Planeta Tierra gracias a las tecnologías de la información y de la comunicación.

En el marco de los estudios sobre el emergente “Derecho Administrativo Global” (Global Administrative Law), el objetivo de este Capítulo es el de poner de manifiesto la contribución de uno de los sectores más dinámicos de la actividad administrativa como es el “Derecho Ambiental” que, como señala el profesor Eberhard SCHIMIDT-ASSMANN, “puede actuar como catalizador de las necesidades de reforma de las doctrinas generales del Derecho administrativo”⁵¹⁴. Aunque está llamado a constituir una nueva rama jurídica –con sus propios principios, objetivos y técnicas–, el Derecho Ambiental ha dado lugar a la aparición de novedosos instrumentos y técnicas jurídicas que se utilizan por las Administraciones Públicas encargadas de la tutela del medio ambiente y cuya aplicación está superando los estrechos límites territoriales de los Estados nacionales.

Como advierte el Profesor PUREZA, en el ámbito de las relaciones internacionales se está produciendo un “cambio de paradigma socio-político” que, partiendo de la solidaridad orgánica de las sociedades diferenciadas, se dirige “hacia el redescubrimiento de una conciencia colectiva y de una nueva dimensión comunitaria hacia la sociedad global”⁵¹⁵. Un cambio de paradigma que también afecta a los Derechos nacionales y las actividades de sus Administraciones Públicas cuyas actuaciones pueden tener efectos transfronterizos.

En palabras de MIR PUIGPELAT: “Los grandes desastres medioambientales (el calentamiento del planeta, la contaminación global del aire y del agua, el debilitamiento de la capa de ozono, las catástrofes nucleares (...), las mareas negras derivadas de vertidos de superpetroleros en aguas internacionales (...), las crisis cíclicas económicas actuales (...), el aumento creciente de la desigualdad entre ricos y pobres (...) la precarización de las condiciones laborales en todo el mundo (...) o la criminalidad internacional (...) son –en buena medida– efectos indeseados de la globalización económica que sólo pueden ser contrarrestados por instancias políticas de alcance supranacional, rebasando de forma evidente las posibilidades de los Estados nacionales individualmente considerados”⁵¹⁶.

Tras describir con carácter general las relaciones e interacciones entre el fenómeno de la globalización económica y las nuevas orientaciones del Derecho ambiental, analizaremos algunos de los puntos de contacto entre éste y el naciente “Derecho Administrativo Global”, para finalizar con la referencia al peculiar régimen del “patrimonio común de la humanidad” y a los llamados “bienes comunes”, un botón de muestra de los efectos de la globalización y mundialización sobre el Derecho Público contemporáneo.

514 *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, (traducción española de la obra alemana: *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee*, 1998), INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 132. El subrayado es del autor.

515 PUREZA, J. M.: *El patrimonio común de la humanidad ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?*, (traducción por J. ALCAIDE FERNÁNDEZ de la obra en portugués: *O Património comum da humanidade*, 2002), Trotta, Madrid, 2002, p. 26. Los subrayados son míos. En esta dirección puede consultarse el trabajo dirigido por PORTER, G. y WELSH BROWN, J.: *Global environmental politics*, 2ª ed. WestviewPress, 1996.

516 *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones del Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 209-210.

I. GLOBALIZACIÓN, MUNDIALIZACIÓN, INTERDEPENDENCIA Y PROTECCIÓN AMBIENTAL.

Pocos términos como este de la “globalización”⁵¹⁷ –un verdadero “buzz-word”– ha generado no sólo océanos de tinta sino una infinidad de controversias, reflexiones y versiones teóricas –desde las diferentes perspectivas de las ciencias sociales– y hasta batallas campales con ocasión de las manifestaciones del llamado movimiento “anti-globalización”⁵¹⁸. Pero siguiendo al Profesor François OST⁵¹⁹, preferimos distinguir, con mayor precisión conceptual y terminológica, entre “mundialización”, “globalización” y “universalización”, entendiéndolo que mientras la primera constituye un hecho incontestable “que se traduce en la intensificación de las interdependencias planetarias en un número creciente de campos de la vida social”⁵²⁰, la “globalización” (traducción anglosajona del término “mondialisation”) tiene una significación ideológica, “se trata de la interpretación de la mundialización en términos exclusivamente económicos, privilegiando la eficacia y la competencia, y traduciéndose en la mercantilización de todos los aspectos de la vida social correlativa a su liberalización jurídica”⁵²¹; por su parte, la “universalización” aspira a una reinterpretación de la mundialización en la que “los derechos humanos con vocación universal son hoy la traducción más neta y del que la reivindicación de una gobernabilidad preocupada por el interés general representa el ideal regulador”⁵²².

Con especial agudeza el premio Nobel de Economía (2001) Joseph E. STIGLITZ –que ha puesto de manifiesto los “males de la globalización”⁵²³ y su deficiente gestión por algunos de los organismos internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y Organización Mundial del Comercio)– señala que “el problema no es la globalización sino el modo en que ha sido gestionada” y en este sentido reivindica el papel del Estado para mitigar los fallos del mercado y la necesidad de tener en cuenta la preocupación por el medio ambiente en el diseño de las políticas públicas nacionales e internacionales frente al predominio de una visión meramente economicista (el “fundamentalismo del mercado”)⁵²⁴; se trata, en definitiva de lograr una “globalización de rostro humano” que

517 Uno de los primeros en utilizar el término “globalización” fue Theodore LEVITT en 1983, refiriéndose a la globalización de los mercados (cfr. DE LA DEHESA, G.: *Comprender la globalización*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, 3ª edición, p. 21). Cuando se escriben estas líneas (en octubre de 2008) en plena crisis financiera mundial, un directivo del Fondo Monetario Internacional ha declarado que caminamos hacia una “recesión global”.

518 Una exposición breve y sintética de los diferentes caras del poliédrico concepto de la “globalización” puede encontrarse en la obra de STEGER, M. B.: *Globalization. A very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2006. Según este autor, en la globalización es posible distinguir cuatro dimensiones principales: la económica, la política, la cultural y la ideológica (pp. 37-112); se trata de un fenómeno que no es propiamente nuevo (pp. 17-16) y que se caracteriza por la creación y multiplicación de nuevas redes sociales, su expansión, estrechamiento e interdependencia, la intensificación y aceleración de los cambios y actividades sociales (pp. 9-12).

519 “Mundialización, globalización y universalización: abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaleza”, *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, volumen 3, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2002, pp. 453-491.

520 OST, M.: op. y loc. cit. p. 455.

521 *Ibidem*. p. 456. PUREZA destaca la necesidad de distinguir entre “globalización y globalizaciones”; la globalización es “un proceso internamente complejo y contradictorio”; hay apariencia de una globalización uniforme... pero “no todos los Estados son iguales”. Ese carácter contradictorio del proceso de globalización... impone “una distinción entre formas de globalización de la hegemonía y formas contra-hegemónicas de globalización”. También señala la existencia de “globalismos naturales”, porque afectan a la globalidad de la especie humana, tomada en un sentido no sólo *trans-espacial*, sino también *trans-temporal* (todos aquellos problemas que afectan a las generaciones presentes y futuras) (*El patrimonio común de la humanidad...*, cit. pp. 64-66).

522 *Ibidem*.

523 Cfr. su libro *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2003 (traducción por Carlos RODRIGUEZ BRAUN de la obra original en inglés: *Globalization and its Discontents*).

524 En particular subraya la necesidad de una “acción colectiva global” en las grandes cuestiones ecológicas globales, especialmente las que afectan a los océanos y la atmósfera (*El malestar en la globalización*, cit. p. 279). CRUTZEN y STOERMER acuñaron el año 2000 el concepto de *Antropoceno* para designar la presente era geológica, cuyo rasgo distintivo radica en la capacidad acumulada que los impactos humanos han logrado para modificar el comportamiento del planeta como un ecosistema. Pero además se trata de cambios que “son recientes, profundos, y muchos

promueva políticas para “un crecimiento sostenible, equitativo y democrático”⁵²⁵. En su posterior trabajo sobre Cómo hacer que funcione la globalización⁵²⁶ el Prof. STIGLITZ es más explícito en su propuesta de “reforma de la globalización” en la que el calentamiento del planeta se ha convertido en uno de sus más importantes desafíos. En efecto, a lo largo del Capítulo 6º de su ensayo, mantiene que en relación a las cuestiones ambientales –que afectan por igual a países desarrollados y en vías de desarrollo– la globalización no se ha gestionado de manera adecuada; partiendo del problema subyacente: “la tragedia de los terrenos comunales”⁵²⁷, aboga por la gestión pública colectiva de los recursos naturales globales⁵²⁸.

Desde la perspectiva del “desarrollo sostenible”⁵²⁹, la globalización económica no debería relacionarse sólo con consecuencias negativas para el estado del medio ambiente⁵³⁰. En este sentido, el último Informe GEO-4 sobre Perspectivas del Medio Ambiente Mundial, promovido por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)⁵³¹, destaca entre las “fuerzas motrices y presiones” sobre el medio ambiente el fenómeno de la globalización que “suscita tanto temores como esperanzas”. Si bien, la mayor interdependencia –que promueve la globalización– favorece la cooperación, la paz y la resolución de problemas comunes, “en un mundo globalizado, las decisiones importantes en materia de protección ambiental puede que tengan más que ver con la gestión empresarial y los resultados de mercado que con factores políticos nacionales (...) Pero se suele olvidar que el propio medio ambiente puede influir en la globalización. Los recursos alimentan el crecimiento económico y el comercio mundial. Las soluciones a las crisis ambientales como el cambio climático exigen una acción global coordinada y una mayor globalización de la gobernanza”⁵³². Y similar es la opinión de Roldan MURADIAN sobre los efectos de la globalización económica, manifestada de diversas formas y maneras: si bien en algunos casos la promoción del mercado y la movilidad de capitales han facilitado la transferencia de tecnologías ambientales y la aplicación de métodos de gestión ambiental en países en vías de desarrollo, en otros supuestos se ha producido un severo e irreversible deterioro del medio ambiente vinculado a la integración económica y globalización de algunos sectores económicos nacionales⁵³³. En todo caso, si bien no pueden generalizarse las conclusiones sobre la relación entre la globalización económica y el ambiente global, es indiscutible (siguiendo al citado autor) que “la reciente integración económica global no ha sido acompañada por el desarrollo en el ámbito institucional internacional de un marco para gobernar adecuadamente sus efectos sociales y ambientales”⁵³⁴.

de ellos se están acelerando. Actúan en cascada de una manera que es difícil de entender y, a menudo, imposible de predecir” (cfr. MOORE, UNDERDAL, LEMKE y LOREAU: *Gobernanza de los Ecosistemas en el Antropoceno*, 2001).

525 STIGLITZ, J. E., cit. p. 313.

526 Taurus, Madrid, 2006 (Traducción de Amado DIÉGUEZ y Paloma GÓMEZ CRESPO de la obra original en inglés: *Making Globalization Work*).

527 Es la tesis defendida por Garrett HARDIN en su famoso trabajo titulado “la tragedia de los terrenos comunales” en el que se explicaba cómo el uso libre de los bienes comunes genera “externalidades” que perjudican su conservación.

528 Con relación a la lucha contra el calentamiento global se muestra partidario del Protocolo de Kioto siempre que Estados Unidos lo ratifique pero que también los países en desarrollo hagan todo lo posible para reducir sus emisiones contaminantes.

529 Recuérdese que tal como aparece formulado en el Principio 3º de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 el “desarrollo sostenible” supone que: “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

530 Cfr. también los trabajos de: FROGER, G. (coord.): *La mondialisation contre le développement durable?*, Peter Lang, Bélgica, 2006 y SPETH, J. G. (Ed): *Worlds apart: Globalization and the environment*, Washington, DC, USA, Island Press, 2003.

531 *Global Environment Outlook: environment for development (GEO-4)*, PNUMA, 2007.

532 *Ibidem*. p. 25. El subrayado es mío.

533 Cfr. MURADIAN, R.: “Economic globalisation and the environment”, *Internet Encyclopedia of Ecological Economics*, Tilburg University, october 2004, p. 9.

534 *Ibidem*.

Por su parte, Ulrich BECK viene hablando desde hace tiempo de la “sociedad del riesgo mundial” en la que la crisis ecológica –la provocada por los peligros técnico-industriales y por la pobreza⁵³⁵– hace percibir las amenazas que la para estabilidad del ecosistema global generan las decisiones humanas y los efectos industriales⁵³⁶.

Desde un punto de vista jurídico-político resultan de gran interés, en esta materia, las publicaciones impulsadas por el Yale Center for Environmental Law & Policy de la Universidad de Yale y, en particular, las contribuciones de los Profesores Daniel C. ESTY y María IVANOVA⁵³⁷. En su trabajo sobre “Globalization and Environmental Protection: a Global Governance Perspective”⁵³⁸, señalan también cómo la globalización puede tener tanto efectos positivos como negativos y, para concluir que es necesario revitalizar la gobernanza para organizar y mantener la cooperación ambiental a nivel global (toward a “Global Environmental Mechanism”), analizan tanto los efectos que la globalización tiene sobre el medio ambiente y los que el medio ambiente tiene sobre la globalización, que puede sintetizarse del siguiente modo:

a) en cuanto a los efectos de la globalización sobre el medio ambiente⁵³⁹, dichos autores, señalan con carácter general que la globalización puede aumentar el flujo de información disponible y su abaratamiento, y, por consiguiente, facilitar el acceso al conocimiento, nuevos mecanismos de participación en la elaboración de las políticas y más refinados y efectivos modos de gobernanza. A su vez distinguen cuatro tipos de efectos:

1º.– efectos económicos:

-en el libre mercado el crecimiento de la producción y el consumo pueden incrementar la contaminación a escala global y la agotamiento de los recursos naturales;

-los efectos económicos –negativos o positivos– dependerán de los mayores o menores costes sociales en la gestión de los recursos naturales;

-si los costes sociales son muy elevados puede producir una depreciación de los recursos naturales y los consecuentes daños ambientales

2º.– efectos regulatorios:

535 Desde su particular experiencia (en país en vías de desarrollo) Muhammad YUNUS (Premio Nobel de la Paz), al referirse a los “peligros de la prosperidad” critica la forma de capitalismo vigente en la actualidad en la mayor parte del mundo que “establece una relación enfermiza entre el medio ambiente y el crecimiento económico”. Cfr. *Un mundo sin pobreza. Las empresas sociales y le futuro del capitalismo*, Paidós, Barcelona, 2008, pp. 246 y ss.

536 Cfr. BECK, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona (traducción por B. MORENO y M. R. BORRÁS, de la obra original en alemán: *Was is Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, 1997), BARCELONA, 2008, pp. 87 a 94. Frente al “proteccionismo verde” impulsado por algunos ecologistas (en el ámbito del Estado nacional) BECK afirma que “contradice, en primer lugar, la globalidad de la crisis ecológica y, en segundo lugar, pierde la palanca para pensar localmente y actuar globalmente (...) Las cuestiones ecológicas han de ser pensadas y contestadas en tanto que cuestiones globales” (Ibidem. p. 236).

537 Puede consultarse la página web de este Centro de Investigación es: <http://www.yale.edu/vironcenter/> También puede resultar de interés en esta temática el portal de la misma Universidad de Yale dedicado al fenómeno de la globalización: <http://yaleglobal.yale.edu/>. También sobre esta temática, pueden consultarse los trabajos de FALK, R.: “Environmental protection in an era of globalization”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 6 (1996), pp. 3–25; UNEP: “Globalization and the environment: an environmental law perspective”, *Biannual Bulletin of Environmental Law*, vol. 4 (1995), pp. 1–3; VVAA: “The globalization of law, politics, and markets: implications for domestic law reform”, *Indian Journal of Global Legal Studies*, Vol. 1(2) (1994), pp. 273–485; y HERRERO DE LA FUENTE, A. A.: “Globalización y protección internacional del medio ambiente”, *Anuario de Derecho Europeo*, 1 (2001), pp. 299-315.

538 Su texto completo –el *Working Paper* nº 0402 del *Yale Center for Environmental Law & Policy*, fechado el 21 de julio de 2004– puede obtenerse en la siguiente dirección electrónica:

<http://www.tilburguniversity.nl/globus/activities/conference/papers/ivanova.pdf>

539 Cfr. “Globalization and environmental protection...”, cit. pp. 2-6.

-el objetivo principal de la liberalización del mercado es la reducción o eliminación de barreras de acceso a los mercados

-con la competitividad del mercado libre la tendencia es la de reducir las cargas para el cumplimiento de las exigencias y controles ambientales

-en un mundo interdependiente también proliferan estándares comunes de protección ambiental para evitar contaminación transfronteriza (así, por ejemplo, los exigidos por la Organización Mundial del Comercio)

3º.- efectos informativos: una de las claves de la globalización es la expansión mundial de la comunicación que permite compartir la defensa de valores e intereses comunes

4º.- pluralización de los efectos: la interacción entre las esferas económicas y políticas permite también la implicación de nuevo actores como las ONGs en la elaboración y control de las políticas ambientales; implicación que exige transparencia, participación y democratización de las estructuras.

b) en cuanto a los efectos del medio ambiente sobre la globalización⁵⁴⁰: las cuestiones ambientales pueden afectar el curso de la globalización, en particular por los esfuerzos de liberalizar el mercado y el flujo de las inversiones: la rígida armonización de las políticas y estándares regulatorios, al no tener la mínima consideración por diversas circunstancias ambientales, preferencias públicas, etc.; la descoordinación de las políticas ambientales nacionales puede constituir barreras al mercado y obstruir sus esfuerzos de apertura; de aquí la necesidad de que las realidades ecológicas se rijan por una política coordinada y una acción a escala global. Y en esta dirección, ESTY e IVANOVA distinguen entre:

1º.- actividades nacionales con efectos internacionales:

-el desarrollo de las políticas ambientales nacionales puede producir impactos internacionales (por ejemplo, gases de efecto invernadero, contaminación transfronteriza, etc.)

-tensiones cuando la política regulatoria nacional difiere mucho de la de otros países con los que está estrechamente ligado económicamente

-muchas regulaciones domésticas pueden funcionar como barreras comerciales; por este motivo muchos acuerdos comerciales disciplinan la regulación de estos aspectos

-la dificultad esencial estriba en distinguir los legítimos estándares ambientales de las regulaciones proteccionistas amparadas en razones ambientales

2º.- Políticas ambientales globales:

-la globalización es un “hecho ecológico”. Existen una serie de retos ambientales que afectan a muchos países e incluso a todo el Planeta (contaminación de las aguas, colapso de las pesquerías, especies invasivas, etc.) exacerbadas por la globalización

-las realidades ecológicas afectan el ritmo y comportamiento de la globalización

-la primera responsabilidad ambiental es local y nacional pero hay muchos problemas que sólo pueden abordarse desde la óptica internacional cooperación; especialmente para abordar los problemas comunes (tragedia de los comunes o global commons)

-la cooperación puede generar economías de escala en cuanto a recogida de datos, el análisis y el estudio e investigación, como beneficios de la globalización y contribución a la profunda interconexión e interdependencia.

540 *Ibidem.* pp. 6-9.

En definitiva, la interdependencia entre los ecológicos y económicos de la globalización requiere una rigurosas políticas nacionales y al mismo tiempo una efectiva acción común global, basada en la cooperación internacional, que permita gestionar adecuadamente dicha interdependencia⁵⁴¹.

Finalmente, tanto en la Conferencia de Estocolmo de 1972 como –veinte años después– en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 se puso de manifiesto el carácter universal, tanto de gran parte de los problemas ambientales del mundo como de los remedios que deben aplicarse. Como dice el Profesor Michel PRIEUR, “si la interdependencia es el criterio de la mundialización, el medio ambiente está en el núcleo de la mundialización” y por lo mismo, las catástrofes ecológicas y sus repercusiones internacionales refuerzan la idea de interdependencia y la necesaria solidaridad⁵⁴².

II. EL “DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL” Y DERECHO AMBIENTAL. HACIA UN “DERECHO AMBIENTAL GLOBAL”.

1. ¿Un nuevo “Derecho Global”?

Los profundos cambios globales que estamos experimentando como consecuencia de los nuevos fenómenos de la implantación de las tecnologías de la información y comunicación y de los medios de comunicación social, la expansión internacional de mercado, el mayor protagonismo de la sociedad civil, el deseo de resolver los grandes problemas que afectan a toda la humanidad (como el reto que presentan las amenazas al medio ambiente), así como la gran velocidad con que fluyen, obligan a reflexionar sobre si estamos asistiendo a la aparición de un nuevo paradigma del Derecho. A juicio del Profesor DOMINGO OSLÉ: “la ciencia del Derecho, en tantos puntos, ha devenido obsoleta, ha sido superada por los propios hechos y sus circunstancias. La cada vez más difícil distinción entre lo público y lo privado, la crisis de la Ley como fuente principal del Derecho, la intrínseca complejidad de los hechos que han de ser ordenados por el ius y la falta de previsión ante un futuro inmediato cada vez más variable han puesto fin a tantos principios jurídicos que, a primera vista, podrían parecer permanentes”⁵⁴³. “El nuevo orden jurídico mundial –sigue diciendo el mismo autor– deber ser, sobre todo y ante todo, un Derecho jurisdiccional, no interestatal, consensual, no burocrático, ni positivo u oficial, más propuesto que impuesto, basado más en el mutuo acuerdo que en las leyes y códigos, y ha de ser protagonizado por una sociedad civil protegida por instituciones globales, y no por entes estatales jerárquicos y tecnocráticos”⁵⁴⁴.

Esta sugerente construcción de un nuevo Derecho Global⁵⁴⁵ –que parte de la “crisis del Derecho Internacional” y la de sus principios tradicionales (la soberanía, la territorialidad y el Estado-Nación)– tiene como base la internalización de los derechos humanos y la defensa de la dignidad de la

541 Ibidem. pp. 17 y 18.

542 Cfr. PRIEUR, M.: “Mondalisation et Droit de l’Environnement”, publicado en *Le Droit saisi par la mondialisation*, bajo la dirección de C. A. MORAND, Collection de Droit International, Ed. Bruylant, Ed. Université de Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 2001, pp. 1-8. En el Preámbulo de la *Declaración de Río de Janeiro* se reconoce que “la tierra, el hogar de la humanidad, constituye *un todo marcado por la interdependencia*” (los subrayados son míos).

543 *¿Qué es Derecho Global?*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 16 (esta monografía ha sido publicada también, recientemente, en *The Global Law Collection* de Thomson-Aranzadi en 2008). El Profesor Rafael DOMINGO OSLÉ, Catedrático de Derecho Romano, viene dirigiendo desde el año 2003 la “Cátedra Garrigues de Derecho Global” de la Universidad de Navarra que, hasta el momento, ha promovido –bajo la denominación *The Global Law Collection Lecture Series*– un importante elenco de publicaciones orientadas a poner de manifiesto –en distintos campos del Derecho– la aparición de un nuevo “Derecho Global”. Como ejemplo de esta interesante iniciativa universitaria destacamos la obra colectiva coordinada por los Profesores DOMINGO, R., SANTIVÁÑEZ, M., y CAICEDO, A.: *Hacia un Derecho Global, Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

544 DOMINGO OSLÉ, R.: *¿Qué es Derecho Global?*, cit. p. 22. El subrayado es mío.

545 La denominación “Derecho Global” podría ser intercambiable con otras fórmulas como “Derecho Común de la Humanidad”, “Derecho Cosmopolita” o “Derecho Mundial”.

persona humana que permite el desarrollo de la sociedad civil frente a la hegemonía de los Estados⁵⁴⁶. Y entre los elementos esenciales de esta construcción teórica destacamos algunos que pueden tener una mayor repercusión sobre la protección del medio ambiente⁵⁴⁷:

a) Frente al dogma de la territorialidad –como ámbito exclusivo de la soberanía de los Estados– el reconocimiento de “espacios globales” (Global Spaces) de uso común, que la Humanidad necesita y que ha sido alumbrada por el Derecho Internacional bajo la expresión de “patrimonio común de la Humanidad”⁵⁴⁸.

b) Frente al predominio de la “Sociedad Internacional” –formada básicamente por Estados– la “comunidad humana global” compuesta, a su vez, por la “sociedad civil global” (global civil society) y la propia comunidad internacional, ordenada por el Derecho Global⁵⁴⁹.

c) Frente a la “unidad jurisdiccional estatal”, “el Derecho Global necesita del arbitraje como herramienta insustituible en el proceso de juridificación de la globalización, así como de los demás medios de resolución alternativa de disputas”⁵⁵⁰

d) El “ordenamiento jurídico global” –partiendo de un incuestionable “denominador común”– que está llamado a complementar a los distintos ordenamientos nacionales, “coherente y necesariamente abierto, principal, e incompleto por definición, debido a su carácter complementario”⁵⁵¹. Y, de otra parte, en este Derecho Global, la persona ha de ocupar el centro como sujeto de derecho por excelencia⁵⁵².

2. La emergencia del “Derecho Administrativo Global” y su relación con el Derecho Ambiental.

La emergencia de un nuevo “Derecho Administrativo Global” parece confirmarse como se pone de manifiesto en los relevantes resultados del ambicioso Proyecto internacional de Investigación

546 Ibidem. pp. 105 y ss. “El Estado se ha quedado pequeño para los asuntos globales y resulta grande para las cuestiones locales. Las decisiones más importantes de nuestros días –como la seguridad del mundo, la eliminación de la pobreza, la defensa del medio ambiente o la reducción del armamento nuclear– deben adoptarse en el marco de unas estructuras que superan con creces las fronteras materiales y conceptuales del Estado, pues él es incapaz de aportar soluciones prácticas” (Ibidem. p. 113).

547 El Prof. DOMINGO OSLÉ afirma que la protección del medio ambiente debería ser una de las competencias concurrentes del Derecho Global con los derechos nacionales (Ibidem. p. 154).

548 Ibidem. pp. 126 y 127. Más adelante, el Prof. DOMINGO afirma que “el Derecho Global defiende que sobre la tierra no hay propiedad propiamente, ya que ésta no tiene un dueño, por cuanto no es disponible, como tampoco lo es el espacio mismo (...) sobre la tierra sólo cabe el aprovechamiento, el *usus*, que comprende también el disfrute (*frui*) pero jamás la facultad de disposición (*habere*). El uso de ella es solidario, por ser indivisible. *La Humanidad no es propietaria de la tierra, de los mares o del aire*”. (Ibidem. pp. 176 y 177). Los subrayados son míos.

549 Ibidem. pp. 146 y 147. “La *global civil society* está compuesta por todos aquellos actores que, compartiendo intereses comunes y valores universales, contribuyen al margen de la acción estatal, al desarrollo de la Humanidad, resolviendo los problemas que han adquirido una verdadera dimensión global” (p. 146).

550 Ibidem. p. 150. Como, en efecto, se demuestra en el ámbito de los organismos internacionales relacionados con el comercio internacional como el Fondo Monetario Internacional o la Organización Común de Mercados.

551 Ibidem. p. 153. “El ordenamiento global –añade DOMINGO OSLÉ– acabará formando un *unum corpus* con los ordenamientos domésticos, e incluso con los supranacionales, como en el caso de la Unión Europea (...) crea una estructura jurídica de *vasos comunicantes, de interrelación y complementariedad*” (Ibidem. p. 154). Sobre los “principios informadores del Derecho Global” cfr. el Capítulo VI del citado trabajo; no obstante, por su especial conexión con el medio ambiente, uno de los principios específicos del ordenamiento global, el “principio de solidaridad” es el que, como dice el autor, “el que ha de centrar sus mejores esfuerzos en el cuidado y la protección de la naturaleza y del medio ambiente, para la tierra sea un terreno habitable para las próximas generaciones que hayan de habitarla (...) *Los ciudadanos globales debemos estar comprometidos con el medio ambiente, pues la tierra es de todos*” (Ibidem. p. 205). Los subrayados son míos.

552 Ibidem. pp. 158 y ss.

sobre “Derecho Administrativo Global” (Global Administrative Law) de la Facultad de Derecho de la New York University⁵⁵³.

Siguiendo la exposición de los Profesores KINGSBURY, KRISCH y STEWART sobre el “Surgimiento del Derecho Administrativo Global”⁵⁵⁴ vamos a comprobar la virtualidad y particular importancia del Derecho Administrativo Global sobre las cuestiones de Derecho Ambiental⁵⁵⁵. Su trabajo comienza destacando la “protección ambiental” como una de las áreas que ha permitido el nacimiento y desarrollo del Derecho Administrativo de la Globalización en cuya base “se encuentra el vasto incremento del alcance y las formas de la regulación transgubernamental y de la administración que se propone enfrentar las consecuencias de la interdependencia globalizada”⁵⁵⁶. Este fenómeno tiene diversas manifestaciones:

-el “establecimiento de sistemas transnacionales de regulación o de cooperación regulatoria a través de tratados internacionales y de redes intergubernamentales de cooperación más informales”⁵⁵⁷ que se den campos de la actuación pública como el del medio ambiente en que los problemas no pueden afrontarse a través de medidas regulatorias nacionales y administrativas aisladas⁵⁵⁸.

-la “creación de órganos administrativos transnacionales (...) que desarrollan funciones administrativas pero que no están sujetos directamente al control de los gobiernos nacionales o a los sistemas nacionales domésticos, o en el caso de los regímenes basados en los Tratados, a los Estados parte del Tratado”⁵⁵⁹, que se encargan de la aplicación de las citadas normativas y que presentan diversas modalidades según los sujetos públicos y privados que intervienen.

-el “desarrollo por los regímenes intergubernamentales de estándares de derecho administrativo y mecanismos a los cuales los administradores nacionales deben conformarse en aras de asegurar su cumplimiento y “accountability” adecuada con el régimen internacional”⁵⁶⁰.

553 Para una mayor información acerca de este proyecto puede consultarse la siguiente dirección de Internet: <http://www.iilj.org/GAL/default.asp>. Aquí puede encontrarse una ingente información sobre el “Derecho Administrativo Global” con exhaustivos elencos bibliográficos e incluso con un manual titulado *Global Administrative Law: cases, materials, issues*, Second Edition, 2008. En España se han publicado varios trabajos que inciden más especialmente en esta temática como los de: ALLI ARANGUREN, J. C.: *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; el ya citado de MIR PUIGPELAT: *Globalización, Estado y Derecho.*; y el artículo de GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: “Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación”, *Revista de Administración Pública* nº 164 (2004), pp. 7 ss. Asimismo es destacable las reflexiones del Profesor MUÑOZ MACHADO sobre “La globalización jurídica e Internet” en su monografía: *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 63-106. También cabe reseñar la publicación de la monografía del Profesor italiano Sabino CASSESE: *La Globalización Jurídica* (traducción de la obra *Lo spazio giuridico globale*, por ORTEGA, MARTÍN DELGADO y GALLEGO CÓRCOLES), Marcial Pons, Madrid, 2003.

554 Publicado en castellano en la Revista *Res Pública Argentina*, 3 (2007), pp. 25 a 74 (traducción del inglés a cargo de Gisela PARIS y Luciana RICART).

555 Asimismo, Lorenzo CASINI en su comentario a la voz “Diritto Amministrativo Globale” en el *Dizionario di Diritto Pubblico*, S. CASSESE (Dir.), Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1994 y ss. destaca la especial aptitud del medio ambiente para encuadrarse en la noción de Derecho Administrativo Global; así, entre otros aspectos, por la apertura hacia la participación pública en los procedimientos decisionales, por la “dimensión global de los intereses públicos” implicados en la contaminación transfronteriza, etc.

556 *Ibidem.* p. 27.

557 *Ibidem.* El subrayado es mío.

558 La Profesora LOZANO CUTANDA en su trabajo titulado “Eclosión y crisis del Derecho Ambiental” (publicado en el nº 174 (2007) de la *Revista de Administración Pública*) destaca una nueva generación de Tratados internacionales –como los Protocolos de Montreal de 1987 para reducción de las sustancias que agotan la capa de ozono y el Protocolo de Kioto de 1997 sobre la lucha contra el cambio climático– que “no se limita al establecimiento de estándares normativos... sino que cada vez más se preocupa por garantizar efectivamente la implementación de las disposiciones ambientales” (p. 379).

559 *Ibidem.* p. 28. La existencia de órganos administrativos transnacionales en los que intervienen actores privados plantea el problema del “déficit de la *accountability*” (o rendición de cuentas). En subrayado es mío.

560 *Ibidem.* p. 28. Este supuesto se da cuando las decisiones regulatorias efectuadas por una autoridad doméstica afectan adversamente a otros Estados. El subrayado es mío.

Estos –y otros– datos de la experiencia les lleva a KINGSBURY y al. a definir al “Derecho Administrativo Global” como “aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la “accountability” de los órganos globales administrativos, en particular, asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban”⁵⁶¹. Además, los mismos autores añaden que “la mayor parte de la gobernanza global puede ser entendida y analizada a través de la acción administrativa” (es decir, la reglamentación, el procedimiento administrativo y otras formas y modalidades de actuaciones administrativas)⁵⁶².

Con relación a las grandes cuestiones que KINGSBURY y al. se plantean en su estudio sobre el Derecho Administrativo Global y que reflejan su vinculación con la regulación ambiental nos limitamos a las siguientes:

1ª) en cuanto al llamado “espacio administrativo global” –con diversos regímenes regulatorios internacionales y transnacionales, y con variados tipos de entidades sujetas a los mismos– un claro ejemplo es el relativo a la regulación ambiental que ha surgido en la esfera de la regulación económica (Banco Mundial, OCDE, OMC, etc.)⁵⁶³ y en el que están proliferando estructuras regulatorias de largo alcance en regímenes especiales (por ejemplo, el comercio de emisiones o los Mecanismos de Desarrollo Limpio del Protocolo de Kyoto)⁵⁶⁴. De las modalidades de “administración global” que destacan estos autores, encontramos varios ejemplos en el campo ambiental:

-como ejemplo de “administración internacional”, los mecanismos de cumplimiento del Protocolo de Montreal⁵⁶⁵

-como ejemplo de “administración dispersa” –en la que las agencias regulatorias domésticas actúan como parte del espacio administrativo global– hay muchos reguladores nacionales en materia ambiental que son responsables de aplicar el Derecho ambiental internacional (sobre la conservación de la biodiversidad, sobre el control de los gases de efecto invernadero, etc.)⁵⁶⁶.

-y un buen ejemplo de las funciones regulatorias llevadas a cabo por “órganos privados”, la Organización Internacional para la Estandarización (ISO) adoptan centenares de estándares que armonizan reglas de producción en todo el mundo y han tenido una gran éxito de implantación en el campo de la gestión ambiental (caso de la ISO-14000)⁵⁶⁷.

561 Ibidem. p. 28.

562 Ibidem.

563 Particularmente crítico se muestra el Profesor francés Raphaël ROMI ante la pretendida ecologización de la OMC, resaltando el predominio del carácter economicista de la globalización y de los factores cuantitativos, para reclamar una futura Organización mundial de Desarrollo Sostenible y concluir, en todo caso, que el futuro del Derecho Ambiental no está en la OMC (*Droit International et Européen de l'Environnement*, Montchrestien, Paris, 2005, pp. 291-299). Desde otra perspectiva más conciliadora cfr. el trabajo de ESTY, D. C. *El reto ambiental de la Organización Mundial del Comercio. Sugerencias para una reconciliación*, (traducción por M. ARAYA de la obra en inglés: *Greening the GATT, Trade, Environment, and the Future*), Gedisa, Barcelona, 2001.

564 Ibidem. p. 30.

565 Ibidem. p. 32.

566 Ibidem. p. 33.

567 Ibidem. p. 34. El Profesor JORDANO FRAGA, al criticar la “falta de marcos multilaterales” como uno de los graves problemas en el campo del Derecho internacional, sugiere –siguiendo a ROTH-ARRIAZA– la posible modificación de las reglas de la WTO para lograr un tratamiento multilateral que, a través de la estandarización mediante ISO estándares mínimos e incluyendo obligaciones sustantivas”. En todo caso, añade este Profesor, que “un nivel de protección elevado del ambiente debe tener como presupuesto ético la igualdad y justicia planetaria (...) sin esa justicia y solidaridad entre los pueblos, el campo unilateral de la ultraterritorialidad debe reducirse” y “el respeto a los principios de igualdad y proporcionalidad debe ser, en todo caso, el punto de partida para evitar falsos ambientalismo como coartada de proteccionismo” (“La Administración Ambiental en el Estado Ambiental de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, 173 (2007), p. 121.

2ª) sobre los “sujetos de la administración global” una nota muy relevante –que lo distingue del clásico régimen de Derecho Internacional– es que los destinatarios de los regímenes regulatorios globales son cada vez los mismos del derecho doméstico: los individuos, las empresas, ..., incluso las ONGs. Así, por ejemplo, en el campo del medio ambiente los individuos y las empresas –sin intervención administrativa alguna– son los sujetos directos en la certificación de los proyectos CDM (Clean Development Mechanisms) por el Mecanismo de Desarrollo Limpio⁵⁶⁸. Y en ciertas regulaciones internacionales, en las que el objetivo es lograr ciertos cambios en las conductas privadas, se imponen a los Estados obligaciones regulatorias y se supervisa la manera en que los Estados controlan a sus actores privados (por ejemplo, para la aplicación del Convenio de Basilea para el control transfronterizo de residuos peligrosos)⁵⁶⁹. Finalmente, cabe señalar los supuestos en los que la regulación global dirigida a los Estados, está destinada a proteger los actores sociales y económicos, como es el caso de los estándares ambientales impuestos por el Banco Mundial para conceder ayuda financiera a los países en vías de desarrollo⁵⁷⁰. En todo caso, como concluye KINGSBURY y al., en este “espacio administrativo multifacético” –en el que existe “una interacción compleja entre los Estados, los individuos, las empresas, las ONGs, y otros grupos o representantes de intereses sociales y económicos a nivel doméstico o global...”– permiten intuir la autonomía y el carácter distintivo de este espacio administrativo global, y sus órganos de toma de decisiones cada vez más poderosos...⁵⁷¹.

3ª) sobre el Derecho Administrativo Global, propiamente dicho, se plantean muchas cuestiones de relevancia en cuanto a su alcance, sus fuentes peculiares, etc.; pero lo que más interés presenta, a mi juicio, son los mecanismos institucionales para su aplicación y desarrollo⁵⁷², en la medida en que se vienen exigiendo demandas de déficit democrático en algunas Instituciones de naturaleza global. Y, en este sentido, por encima de determinados mecanismos institucionales⁵⁷³, quiero destacar algunos principios y requisitos legales básicos de carácter tanto procesal como sustantivo que se aplican en el Derecho administrativo global y que sintetizamos seguidamente:

-la “participación procesal”: en el “Caso Camarones-Tortugas”, el Órgano de Apelación de la OMC requirió a los Estados Unidos a proporcionar a los terceros países los mecanismos para la participación procesal (“la oportunidad formal de ser oído, o responder a cualquier argumento que se pueda hacer contra él”)⁵⁷⁴.

-la “transparencia” en las decisiones y el “acceso a la información” como base para el ejercicio eficaz de los derechos de participación y de revisión: un ejemplo importante es la Convención de Aarhus en la que se reconocen los derechos de acceso público a la información ambiental (también sobre la participación y acceso a la justicia) y que resultan de aplicación tanto a las Organizaciones Internacionales como a los Estados⁵⁷⁵.

-la “razonabilidad” o decisión administrativa razonada: es doctrina asentada en la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio (OMC) a partir del “Caso Camarones-Tortugas”⁵⁷⁶.

-etc.

568 *Ibidem*. p. 35.

569 *Ibidem*. p. 36.

570 *Ibidem*.

571 *Ibidem*. p. 38.

572 O lo que es lo mismo, en terminología de los autores citados, los mecanismos de “accountability” de la toma de las decisiones administrativas en la gobernanza global.

573 En el campo del Derecho Ambiental puede citarse la actividad del *Panel de Inspección del Banco Mundial* en aplicación de sus directrices para asegurarse que los proyectos financiados con sus recursos sena ambientalmente seguros (cfr. KINGSBURY y al., *op. cit.* p. 46).

574 *Ibidem*. p. 50.

575 *Ibidem*. p. 51. Sobre este tema cfr. STEC, S. Y Casey-lefkowitz, S.: *The Aarhus Convention: an implementation Guide*, Naciones Unidas, Ginebre-Nueva York, 2000. Los derechos reconocidos en dicho Convenio se consideran como uno de los más importantes pilares de la “gobernanza ambiental”.

576 *Ibidem*. p. 51.

A todo lo anterior pueden añadirse, para completar el nuevo panorama abierto por el Derecho Administrativo Global, dos interesantes apreciaciones de MIR PUIGPELAT. De una parte, consecuencia de la crisis de la soberanía estatal –pérdida de soberanía de facto o de iure los Estados nacionales, de poderes de decisión autónoma a favor de las grandes corporaciones internacionales y de determinadas organizaciones internacionales– tiene, como destaca este autor siguiendo a FERRAJOLI, “una consecuencia evidente y fundamental (...): el Derecho, en general, y el Derecho Administrativo, en particular, provienen cada vez menos del Estado-nación”⁵⁷⁷; y de otra parte, otro efecto de la globalización económica sobre el Derecho es “la convergencia de los distintos ordenamientos jurídicos”:

“La globalización económica, la competencia regulatoria auspiciada por las corporaciones transnacionales y la globalización político-institucional están favoreciendo la aproximación de los distintos Derechos nacionales (...), cada vez menos originales y más parecidos entre sí; están alimentado un proceso gradual de globalización jurídica”⁵⁷⁸

Podemos concluir que el medio ambiente constituye uno de los sectores más propicios para el desarrollo de las peculiaridades y características del nuevo “Derecho Administrativo Global”. Tanto por el ámbito de actuación –que excede del Estado-Nación–, como de los sujetos que intervienen, como de los instrumentos y mecanismos utilizados para su aplicación, así como su especial ordenamiento jurídico, nos encontramos ante un claro ejemplo de los efectos y el impacto que la globalización ha tenido sobre las bases tradicionales del Derecho Administrativo.

3. Hacia un “Derecho Ambiental Global”.

Desde la Cumbre internacional sobre el Medio Ambiente Humano de Estocolmo de 1972 el desarrollo del ordenamiento jurídico ambiental ha crecido de forma imparable en todos los países del mundo y a esta formidable expansión ha contribuido el Derecho Internacional del medio ambiente como catalizador de esta nueva rama del Derecho⁵⁷⁹. Como afirma el Prof. LOPERENA ROTA: “la respuesta normativa de carácter global que se ha dado a la problemática ambiental ha sido muy notable (...) en los últimos diez años puede decirse que el Derecho Ambiental se está globalizando a marchas forzadas. No se trata sólo de poner límites a la contaminación, sino la práctica universalización de principios y conceptos”⁵⁸⁰.

En su *Manual Droit de l’Environnement*⁵⁸¹, el Profesor Michel PRIEUR nos da algunas claves de este fenómeno jurídico de universalización del Derecho Ambiental y, en particular, las derivadas del “Derecho comparado” como “fuente y factor de unificación”:

577 *Globalización, estado y Derecho. cit.* p. 59. “Aunque formalmente siga siendo el Estado autor de las normas jurídicas y la ley nacional su vehículo básico, el origen real de las mismas se encuentra a menudo en instancias supraestatales públicas o privadas” (Ibidem.)

578 Ibidem. pp. 62 y 63. Como el mismo autor subraya, este proceso de convergencia jurídica “es especialmente importante en el ámbito de la Unión Europea, donde se asiste a una verdadera europeización del Derecho Administrativo, derivada sobre todo del proceso circular de influencia recíproca entre el Derecho comunitario y los diferentes ordenamientos nacionales” (p. 64). Y, en particular, uno de los sectores donde más se ha experimentado esta convergencia ha sido el medio ambiente como parte especial del Derecho Administrativo (nota 94, p. 65).

579 El principio 11º de la Declaración de Río de Janeiro dispone que “Los Estados deberán promulgar *leyes eficaces sobre el medio ambiente*. Las normas ambientales, y los objetivos y prioridades en materia de ordenación del medio ambiente, deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo”.

580 *Desarrollo sostenible y globalización*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 41 (el subrayado es mío). Más adelante, este autor comenta que caminamos hacia un “*Global Common Law*” pero cuya premisa fundamental es que todos los ciudadanos del Planeta tengan unos parámetros jurídicos comunes, que “los derechos y deberes fundamentales para el disfrute un conservación de la Tierra y para satisfacción de las necesidades básica debe ser de carácter universal” y que para su eficaz tutela sería imprescindible un verdadero Tribunal Internacional (Ibidem, pp. 119 y ss.).

581 *Droit de l’Environnement*, 5ª ed. Dalloz, Paris, 2004

- Primero, como una “nueva forma de solidaridad de los pueblos”, ya que “el derecho ambiental presenta el gran interés de ser acompañado, sobre la unión del Planeta, de experiencias legislativas y reflexiones doctrinales que más allá de los sistemas culturales, económicos y sociales particulares, llama a la misma cuestión o problema: ¿qué derecho para un mejor ambiente?” y la misma “internacionalización de la lucha por la defensa del medio ambiente”⁵⁸².
- Segundo, porque la aparición concomitante de derechos ambientales en los diferentes países del mundo hace indispensable el estudio comparado de los mismos y las reflexiones comparadas deben permitir la identificación de orientaciones generales de desarrollo del Derecho Ambiental y, por consiguiente, una tendencia hacia su armonización o unificación⁵⁸³.
- Tercero, por la marcada “vocación universalista” del Derecho Ambiental. Ante muchos de los problemas ambientales globales la Comunidad Internacional tiene interés de resolverlos de forma conjunta y mediante la colaboración de todos los Estados. “Se puede decir –afirma el Profesor de Limoges– que por naturaleza tal Derecho tiene una vocación de universalidad, esta que representa el factor más eficaz de unificación”⁵⁸⁴.
- Cuarto, por la “presión de la opinión pública mundial”, que constituye en muchos casos la mejor manera del impulsar la aprobación y aplicación de medidas de protección⁵⁸⁵.
- Y, en quinto lugar, el hecho de que el Derecho Ambiental sea un “derecho muy tecnificado” está favoreciendo considerablemente su unificación y uniformización en todo el mundo, así como la convergencia de los derechos nacionales⁵⁸⁶.

Algunos Profesores norteamericanos –como Robert PERCIVAL de la Universidad de Maryland y Tseming YANG de la Universidad de Vermont– vienen hablando del surgimiento de un “Derecho Ambiental Global” (Global Environmental Law)⁵⁸⁷ –como consecuencia de la globalización y de su universalización– caracterizado una mayor colaboración transfronteriza entre las Administraciones de los Estados, las organizaciones no gubernamentales, las empresas multinacionales y otras entidades que, en el campo del Derecho Ambiental, difuminan las distinciones tradicionales entre los ámbitos público-privado y nacional-internacional. De una parte, este fenómeno conduce a la armonización y convergencia de los distintos sistemas legales, facilitada por los avances en la transferencia de información entre los países, de manera que se ha producido intercambio de soluciones jurídicas gestadas en el Ordenamiento internacional que ha fertilizado los Derechos nacionales y viceversa. Y por otra parte, el tradicional protagonismo de los actores estatales en la conformación y aplicación del Derecho Ambiental ha evolucionado hacia la concurrencia de grupos de interés público y corporaciones multinacionales⁵⁸⁸.

582 *Ibidem*. pp. 13 y 14.

583 *Ibidem*. p. 14. Como factores de unificación del derecho ambiental se citan: la existencia de una organización internacional sobre el medio ambiente (el PNUMA); la voluntad política de los Estados de buscar en común soluciones a los problemas ambientales en el marco de la cooperación internacional; la tarea de organizaciones regionales como la Unión Europea, el Consejo de Europa o la OCDE.

584 *Ibidem*. p. 15. Como señala LOPERENA ROTA, uno de los más destacados caracteres del Derecho Ambiental es, justamente, su “vocación espacialmente planetaria”. En la materia ambiental su objeto es “global y no parcelable físicamente” y en sus relaciones se dan siempre consecuencias transfronterizas, y “puesto que en un ámbito transfronterizo sin solución de continuidad se ha de aplicar el Derecho Ambiental, la necesidad de un conjunto de principios y conceptos de validez universal en esta materia se nos presenta como obvia” (*Los principios del Derecho Ambiental*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 27-29).

585 *Ibidem*.

586 *Ibidem*. p. 16. Sobre las implicaciones de la técnica en el Derecho y también en el Derecho Ambiental en particular: ESTEVE PARDO, J.: *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.

587 Es muy destacable la iniciativa promovida por estos bajo el título de “Global Environmental Law”, accesible a través de la dirección de Internet: <http://www.globalenvironmentallaw.com/>

588 En la presentación de la *website* se afirma que: “La globalización está transformando tanto el derecho como la educación legal. Donde más se manifiesta esta transformación es en el campo del derecho ambiental. La trascendencia

Por su parte, el Profesor Philippe SANDS ha subrayado la creciente influencia del Derecho Internacional sobre los Derechos nacionales⁵⁸⁹, en el sentido del desarrollo de una nueva concienciación del derecho público internacional que gobierna las relaciones más allá de la Nación-estado y más capaz de influir en el Derecho Público y Derecho Administrativo nacionales y más accesible a una emergente sociedad civil internacional; en definitiva, afirma “Los recientes desarrollos en el campo de los derechos humanos y del derecho ambiental ha propiciado una más fuerte y directa conexión entre las reglas del derecho internacional y el hombre de la calle”⁵⁹⁰.

Puede concluirse, en efecto, que existe un verdadero “Derecho Ambiental Global” que recibe su impulso del ordenamiento jurídico internacional y que alimenta, con bastante uniformidad, los respectivos Derechos Administrativos nacionales, pero que supera las barreras del Estado-nación.

III. EL “PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD” Y LOS “BIENES PÚBLICOS MUNDIALES” COMO EXPONENTES DEL NUEVO “DERECHO AMBIENTAL GLOBAL”.

Como ejemplo paradigmático de la evolución experimentada en el campo del derecho público, por efecto de la globalización jurídica y mundialización a la que nos hemos venido refiriendo, el caso del régimen jurídico del “patrimonio común de la humanidad” (en adelante, PCH)⁵⁹¹ y de los llamados “bienes públicos mundiales”⁵⁹² resulta particularmente interesante. No obstante, en este análisis sobre el “Derecho Ambiental Global” –como fenómeno íntimamente vinculado al “Derecho Administrativo Global”– somos conscientes que hay muchos otros factores de globalización o mundialización de esta nueva disciplina que podrían haber sido analizados. Así, por ejemplo, la univer-

de las fronteras nacionales por los problemas ecológicos se hace cada vez más evidente y algunos problemas– incluyendo el calentamiento global y el cambio de clima– posan riesgos eminentes a la misma salud del planeta. El derecho se ha convertido en herramienta crítica de los esfuerzos para combatir los problemas que aquejan el medio ambiente global y, también, para mejorar las condiciones de vida en los países en desarrollo...”. En la misma página se puede acceder a un Libro sobre experiencias comparadas de Derecho Ambiental, fruto de las reuniones organizadas por dicho centro de investigación. Además, otras redes globales están facilitando el desarrollo del derecho ambiental global. Cada año, la *Academia de Derecho Ambiental de la Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza* (UICN) ofrece un coloquio internacional que reúne centenares de profesores de derecho ambiental de todo el mundo. Por último, resulta de gran importancia la “Déclaration de Limoges” aprobada en la Reunión Mundial de Asociaciones de Derecho Ambiental de 15 de noviembre de 1990

Estas ideas se extraen del resumen sobre la conferencia pronunciada por el Prof. Robert V. PERCIVAL bajo el título “El surgimiento del Derecho Ambiental Global”, en la *IV Jornadas de Derecho Ambiental: “Desarrollo sustentable, gobernanza y Derecho”* organizadas por la Universidad de Chile. El Profesor JORDANO FRAGA advierte, no obstante, del “peligro de traslado de técnicas del Derecho Internacional a los ordenamientos internos”; “El *soft law* como primera etapa hacia un compromiso tiene sentido en el Derecho Internacional pero no en sistemas jurídicos nacionales”. Así, por ejemplo, “debe procederse a la juridificación del derecho simbólico que representan las Agendas 21” (“La Administración en el Estado Ambiental de Derecho”, cit. y loc. cit. pp. 139-140). Sobre el *soft law* vid. la reciente monografía de SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: *El “soft law” administrativo*, Civitas, Madrid, 2008.

589 “Turtles and torturers: the transformation of International law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Winter, 2001 (33 N.Y.U.J.Int’l L. & Pol. 527), pp. 527-559.

590 *Ibidem.* p. 556.

591 Sobre este tema cfr. los trabajos siguientes: el ya citado de J. M. PUREZA (El Patrimonio Común de la Humanidad) y los de BLANC ALTEMIR, A.: *El Patrimonio Común de la Humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*, Bosch, Barcelona, 1992 y BEKKOUCHE, A.: “La récupération du concept de patrimoine commun de l’humanité (P.C.H.) para les pays industriels”, *Revue Belge de Droit International* (1987), pp. 124 ss.;

592 Sobre este tema cfr. los trabajos de: GORDILLO, J. L. (coord.): *La protección de los bienes comunes de la humanidad: un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, Trotta, 2006; HJORTH AGERSKOV, A.: *Global Public Goods and Development – A Guide for Policy Makers*, World Bank, May 12, 2005 (World Bank Seminar Series at Kobe and Hiroshima Universities, Global Development Challenges Facing Humanity, Seminar Number 6); y KAUL, I., GRUNBERG, I. y Marc A. STERN, M. A. (eds.): *Bienes públicos mundiales. Cooperación internacional en el siglo XXI*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Nueva York, Oxford, Oxford University Press, 1999 (este último está disponible –sólo la sinopsis– en la siguiente página web:

<http://www.undp.org/globalpublicgoods/Spanish/Spsum.pdf>).

salización de los principios generales de la regulación ambiental⁵⁹³ y del reconocimiento de derechos subjetivos ambientales⁵⁹⁴, la estandarización de las técnicas de protección ambiental, etc.

Se entiende por “bienes públicos mundiales” aquellos bienes que los sistemas de mercado no pueden producir en forma adecuada, como la prevención y mitigación de crisis en los sistemas financieros, las vacunas contra enfermedades contagiosas o la reducción de las emisiones de dióxido de carbono, la principal causa del calentamiento global, etc.⁵⁹⁵. Y para proteger y promover bienes públicos mundiales exige acciones multilaterales y la formación de alianzas globales que integren gobiernos, organizaciones sin fines de lucro y empresas “con conciencia social”.

El precedente de esta construcción de la teoría de los “bienes públicos mundiales” se encuentra en la noción de PCH que, en el ámbito del Derecho Internacional, se ha acuñado para calificar aquellos espacios situados “más allá de la jurisdicción nacional”, incluida, por lo que aquí interesa, la zona de los fondos marinos que comprende el lecho del mar y su subsuelo (denominada, simplemente “la zona”)⁵⁹⁶.

En su extenso estudio sobre el régimen jurídico del PCH el Profesor PUREZA pone de relieve el profundo cambio de paradigma de las relaciones internacionales con el paso del modelo clásico del Estado-nación y de la soberanía y “estatocentrismo” a la “sociedad-mundo”⁵⁹⁷. Y tras analizar la “solución liberal” sobre la apropiación de los espacios comunes (como la soberanía territorial sobre

593 Cfr. la voz “Principios generales del Derecho Ambiental” elaborada por A. LAGO CANDEIRA, en el *Diccionario de Derecho Ambiental*, ALONSO GARCÍA, E. y LOZANO CUTANDA, B. (Dirs.), Iustel, Madrid, 2006, pp. 985-1000. En la mayor parte de los casos estos principios (como el de cooperación, prevención, desarrollo sostenible, integración, equidad inter-generacional e intra-generacional, precaución, responsabilidad común diferenciada, quien contamina paga, etc.) tienen su origen en textos *–soft law–* del Derecho Internacional. Cfr. también los siguientes trabajos: KISS, A.: “Los principios generales del derecho del medio ambiente”, Universidad de Valladolid, 1975; DE SADELEER, N. DE: *Environmental Principles. From political slogans to legal rules*, Oxford University Press, 2002; SANDS, Ph.: *Principles of International Environmental Law*, 2ª ed. Cambridge University Press, 2003; y DECLERIS, M.: *The Law of Sustainable Development: General Principles*, EC Commission, Luxemburg, 2000 (disponible en la dirección de Internet: <http://ec.europa.eu/environment/law/pdf/sustlaw.pdf>). Por último, es relevante el “borrador de Carta Europea sobre principios generales para la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible elaborada por el Prof. M. PRIEUR para el Consejo de Europa en 2003 (documento CO-DBP (2003) 2).

594 Es el caso del desenvolvimiento del Principio 10º de la Declaración de Río de Janeiro sobre los derechos de participación, acceso a la información y a la justicia ambiental que fueron posteriormente reconocidos en el ámbito europeo mediante la Convención de Aarhus de 1998. Cfr. también el suplemento “Humana Iura de Derechos Humanos”, 6 (1996) de la revista *Persona y Derecho*, que se dedica al “derecho humano al medio ambiente” y en el que participan algunos de los mejores tratadistas en la materia.

595 La formulación sistemática de la teoría de los bienes públicos comenzó con la obra de Paul Samuelson “*The Pure Theory of Public Expenditure*” (1954). En *The Logic of Collective Action* (1971) de Mancur Olson se analizaron extensamente los problemas de provisión. La aplicación del concepto de bienes públicos a los problemas mundiales comenzó a fines del decenio de 1960, especialmente con la publicación de “*The Tragedy of the Commons*” (1968) de Garrett Hardin, seguido de “*Collective Goods and International Organization*” (1971) de Bruce Russett y John Sullivan. Más de un decenio más tarde, *The World in Depression 1929-1939* (1986) de Charles Kindleberger analizó la crisis económica del decenio de 1930 y la atribuyó a no haber proporcionado bienes públicos mundiales de importancia clave, como un sistema abierto de intercambio comercial y un prestamista internacional al cual acudir como último recurso. Entre las contribuciones más recientes al debate cabe mencionar *International Public Finance* (1992) de Rubén Méndez y *Global Challenges: An Approach to Environmental, Political, and Economic Problems* (1997) de Todd Sandler (cfr. KAUL, I., GRUNBERG, I. y Marc A. STERN, M. A. (eds.): *Bienes públicos mundiales...*, cit.). La provisión de bienes públicos regionales y mundiales como una de las principales recomendaciones operacionales de los “Objetivos de Desarrollo del Milenio”.

596 La plasmación de esta idea, cuyo punto culminante fue el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar firmado en Montego Bay (Miami) el 10 de diciembre de 1982, tiene su origen en la llamada *Declaración Pardo* que, en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que fue formulada por el embajador maltés Alvid Pardo ante la primera comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 1 de noviembre de 1967 a propósito del régimen que debía regular el fondo y el subsuelo de los océanos, y que se consolidó más adelante mediante la Resolución 2749 (XXV) de 17 de diciembre de 1970. Cfr. los trabajos de BRICEÑO BERRÚ, J. E.: *Régimen jurídico de los fondos marinos internacionales*, Barcelona, 1986, pp. 63 a 81 y de ALBIOL BIOSCA, G.: *El régimen jurídico de los fondos marinos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 67 a 78.

597 Cfr. *El patrimonio común de la humanidad...*, cit. pp. 31 y ss.

el mar o el espacio aéreo) concluye que “el régimen de res communis se muestra hoy inadecuado a las presiones propias de un sistema mundial globalizado (...). La metáfora de la tragedia de los espacios y recursos comunes denuncia el carácter insostenible de una utilización libre y desregulada de los mismos”⁵⁹⁸. Frente a esta concepción tradicional la tesis del PCH introduce el criterio de “participación equitativa” y de “administración universalmente participada” en el que la referencia a la “humanidad” tiene un fuerte sentido integrador: las personas y los pueblos pero también abarca las “generaciones futuras”⁵⁹⁹.

La “Declaración Pardo” de 1967 se basa en dos pilares fundamentales:

a) el “pilar de la trans-espacialidad” que se traduce en un principio cualificado de “no apropiación” y tratamiento integral de los espacios comunes, y cuyo estatuto se rige por el criterio de la “gestión en provecho de toda la humanidad” (“herencia común”)⁶⁰⁰.

b) el “pilar de la trans-temporalidad” o la dimensión preventiva y garantista del PCH que se materializa en dos principios esenciales: el de su gestión en beneficio de las generaciones futuras y le de su reserva para usos pacíficos”⁶⁰¹

Tan original –e incluso revolucionaria– concepción implica que “el sentido integrador de la humanidad se refleja, primero, en un principio de no apropiación que rompe completamente la lógica civilista de la soberanía territorial. La humanidad, entidad distinta de la simple sociedad interestatal, se constituye en comunidad de participación en el disfrute de los espacios y bienes calificados como PCH, no conservando los Estados más que un limitado y controlado derecho de gestión”⁶⁰²

Trasladadas estas ideas al campo del medio ambiente –el “patrimonio natural común de la humanidad”– donde van, poco a poco, arraigando gracias al extraordinario desarrollo del derecho internacional del medio ambiente (greening International law), dan lugar a importantes consecuencias jurídicas. Así, por ejemplo, la referida relación de co-participación en la gestión del patrimonio “traslada el centro de gravedad del discurso jurídico-ambiental desde el beneficio hacia el deber”⁶⁰³; y “se pone de manifiesto (...) el contraste entre esa potencialidad integradora del medio ambiente, que es simultáneamente espacial y temporal, y el mundo de las soberanías, físicamente compartimentado y temporalmente estático”⁶⁰⁴. En definitiva, “la interdependencia ecológica global –dice PUREZA– impone la transmutación de la “vieja” política internacional en una política interna mundial”⁶⁰⁵

Más recientemente, a partir de la Resolución 43/53 de 6 de diciembre de 1988 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre “Protección del clima global para las generaciones futuras”, se incluye por primera vez una nueva fisonomía del patrimonio común de la Humanidad: “common concern of humankind” (interés o preocupación común de la humanidad)⁶⁰⁶ que constituye hoy un concepto clave del Derecho Internacional del medio ambiente. Con este concepto se quiere destacar, de una parte, el énfasis en las obligaciones comunes en detrimento de los beneficios comunes (principio 7º de la Declaración de Río de Janeiro sobre las “responsabilidades comunes pero diferen-

598 Ibidem. p. 374.

599 Ibidem. pp. 233 y 234. “la humanidad es la expresión –dice el autor– de los fenómenos de interdependencia y de globalización en tanto que generadora de intereses comunes a toda la especie humana”.

600 Ibidem. pp. 235-240.

601 Ibidem. p. 241. El criterio de la gestión en beneficio de las generaciones futuras, añade el autor, “configura jurídicamente el PCH como un fideicomiso (*trust*) planetario frente al cual cada generación asume los poderes-deberes de un fideicomisario (*trustee*) y cuyos destinatarios son, sin mencionarlos, las generaciones futuras...” (p. 242).

602 Ibidem. p. 247.

603 Ibidem. p. 353.

604 Ibidem. p. 354.

605 Ibidem. p. 357. El subrayado es mío.

606 También en las Resoluciones 44/207 (1989) y 45/212 (1990) reconociendo que el cambio climático constituye un “interés común de la humanidad” (PUREZA, op. cit. pp. 368 y 369).

ciadas”); y de otra parte, la introducción en el Derecho internacional de los intereses difusos como categoría fundamental de sus estructuras subjetivas⁶⁰⁷.

El Profesor PUREZA concluye su interesante trabajo presentando esta institución del PCH como “componente de vanguardia de una Derecho internacional anticipador de la Comunidad Internacional como comunidad de iguales”⁶⁰⁸, quizá como manifestación del nuevo paradigma del Derecho internacional de la solidaridad. Pero, a nuestro juicio, expresa con meridiana claridad el alcance del emergente “Derecho Ambiental global” –que ya no sólo se proyecta sobre los espacios comunes sino que se aplica a bienes y recursos situados dentro de la jurisdicción de los Estados– que persigue un “interés público universal”, con autonomía propia, “un marco moderador de la discrecionalidad del Estado y del consiguiente relativismo del Derecho Internacional y, en esa exacta medida, como revalorizador del Estado en tanto que elemento nuclear del cumplimiento de la tarea transformadora que recae sobre el Derecho internacional”⁶⁰⁹.

Como contrapeso a la pérdida de poder de los Estados en el mercado, la tesis sobre los “bienes públicos mundiales” –y de los correlativos “intereses públicos mundiales”– ofrecen una nueva perspectiva para la actuación de los poderes públicos en un mundo globalizado pero si el componente estatocéntrico de otras épocas y con la obligada apertura a la participación de los ciudadanos en su gestión y protección.

IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

El Derecho Ambiental –próximo al reconocimiento de su autonomía científica pero todavía estrechamente vinculado al ámbito del Derecho Público en general, y al Derecho Administrativo en particular– nos ofrece un excelente ejemplo de ordenamiento global por naturaleza. El amplio (universal, en ocasiones) y dinámico objeto de protección que tutela, su carácter indivisible, el funcionamiento ecosistémico de sus componentes, la variedad de intereses –públicos y privados– implicados, la repercusión transfronteriza de muchos de los riesgos que lo comprometen, la dificultad de establecer límites territoriales para su protección y gestión, la necesidad de una consideración integral de los recursos naturales, etc. son algunos de los rasgos de lo que bien puede denominarse un “Derecho Ambiental Global”.

A la sombra del árbol del Derecho Ambiental han nacido y fructificado algunos principios, técnicas o soluciones jurídicas que luego se han proyectado con eficacia sobre las instituciones y procedimientos administrativos. No hay duda que en el proceso de universalización del Derecho Ambiental se debe mucho a la actividad de la Comunidad Internacional. Sin embargo, ante los embates sufridos en las bases constitutivas del Estado (la territorialidad de soberanía, la estatalidad del Estado-nación, la unilateralidad decisional, etc.) y las propias limitaciones en la eficacia del Derecho internacional, han hecho emerger un nuevo Derecho Global o Cosmopolita –administrativo y ambiental– que compagina la protección de los intereses generales mundiales (como los implicados en la protección ambiental) con la mayor cercanía a los ciudadanos (a la humanidad). “Pensar global y actuar local” es la regla clásica en el campo del Derecho ambiental que bien expresa la nueva dirección que deben de seguir los ordenamientos del siglo XXI. Y es que, como ha dicho FERRAJOLI –al destacar la crisis que el Estado-Nación está experimentando en la actualidad– “el Estado es hoy demasiado grande para las cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes”⁶¹⁰.

607 Ibidem. pp. 370-374. De este modo se reconoce la “primacía del interés común de la humanidad en la preservación del equilibrio medioambiental, pero de un interés que, por refracción, cada Estado asume como suyo...” (p. 374). El subrayado es mío.

608 Ibidem. p. 382.

609 Ibidem. p. 378. Sobre recomendaciones para el futuro del Derecho internacional ambiental resulta interesante el trabajo dirigido por DiMENTO, J. F. C.: *The global environment and International Law*, University of Texas, Austin, 2003.

610 FERRAJOLI, L.: *La Sovranità nel Mondo Moderno. Nascita e crisi dello Stato Nazionale*, Anabasi, Milano, 1995, p. 49

La globalización jurídica tiene sus efectos positivos (universalización de las garantías y derechos), pero el peligro está en que se utilicen sesgadamente los mecanismos de la globalización económica con el predominio de los intereses de los más fuertes (países desarrollados, corporaciones empresariales, etc.) en detrimento de los que caminan hacia el desarrollo⁶¹¹. Sólo desde la aplicación del principio de solidaridad y cooperación entre los Estados, entre los pueblos, entre las generaciones, será posible configurar un verdadero Derecho Global (administrativo o ambiental) que los momentos actuales demandan con urgencia.

BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL⁶¹².

DOMINGO OSLÉ, R.: ¿Qué es Derecho Global?, The Global Law Collection, Thomson-Aranzadi, 2008

ESTY, D. C. Y IVANOVA, M.: “Globalization and Environmental Protection: a Global Governance Perspective”, Working Paper nº 0402 del Yale Center for Environmental Law & Policy, 21 de julio de 2004

KAUL, I., GRUNBERG, I. Y MARC A. STERN, M. A. (eds.): Bienes públicos mundiales. Cooperación internacional en el siglo XXI, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Nueva York, Oxford, Oxford University Press, 1999

KINGSBURY, KRISCH Y STEWART: “Surgimiento del Derecho Administrativo Global”, Revista Res Pública Argentina, 3 (2007), pp. 25 a 74 (traducción del inglés a cargo de Gisela PARIS y Luciana RICART).

LOPERENA ROTA, D.: Desarrollo sostenible y globalización, Aranzadi, Cizur Menor, 2003

LOPERENA ROTA, D.: Los principios del Derecho Ambiental, Civitas, Madrid, 1998

MIR PUIGPELAT, O.: Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones del Derecho Administrativo, Thomson-Civitas, Madrid, 2004

PRIEUR, M.: “Mondalisation et Droit de l’Environnement”, publicado en Le Droit saisi par la mondialisation, bajo la dirección de C. A. MORAND, Collection de Droit International, Ed. Bruylant, Ed. Université de Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 2001, pp. 1-8.

PUREZA, J. M.: El patrimonio común de la humanidad ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?, (traducción por J. ALCAIDE FERNÁNDEZ de la obra en portugués: O Património comun da humanidade, 2002), Trotta, Madrid, 2002

SCHIMIDT-ASSMANN, E: La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática, (traducción española de la obra alemana: Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee, 1998), INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003.

611 El Profesor BALLBÉ en su interesante trabajo sobre “El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización” (publicado en el nº 174 (2007) de la *Revista de Administración Pública*, pp. 215 y ss.) hace un estudio sobre el modelo de globalización vigente a escala internacional que, extrapolado a todo el mundo, responde a los parámetros de la americanización administrativa y reguladora. Junto a los peligros y límites que implica esta globalización “made in USA” se destacan algunos de sus efectos o facetas positivas como el relativo al pionero reconocimiento de algunos de los nuevos derechos conquistados durante las últimas décadas como los derechos civiles, de la mujer, ambientales, laborales, etc. (cfr. en particular las pp. 236 y ss. sobre “el nacimiento del Derecho administrativo de la regulación de riesgos”). En este artículo se pone como ejemplo de “globalización del Derecho Administrativo Ambiental” el “Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPPC) (cfr. pp. 256-258).

612 En esta relación sólo recogemos la bibliografía principal en que se ha inspirado este trabajo sin que se incluyan las abundantes referencias bibliográficas que aparecen en las notas al texto.

LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO (UN NUEVO ESPACIO JURÍDICO)

Dr. Antonio de P. Escura Viñuela

Académico de número
Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

El término “globalización” aparece siempre envuelto en cierto grado de indeterminación conceptual, pero la globalización forma parte ya de nuestro lenguaje y se nos presenta como “algo que nos sucede a todos” al margen de nuestra voluntad.

La globalización no es un fenómeno unidimensional. Se produce y actúa, por el contrario, en muchos ámbitos y desde múltiples perspectivas diferentes, provocando efectos muy complejos y, a menudo, contrapuestas tanto en el ámbito económico, como en el político, el jurídico o el cultural. Por lo que no es acertado hablar simplemente de la globalización como si estuviéramos ante un fenómeno totalmente unitario y uniforme.

Inicialmente el término “globalización” apareció definido en relación con el ámbito de las telecomunicaciones y de las técnicas de la información. Posteriormente, el auge de las relaciones económicas y de producción transnacionales dió paso a que todos los estudiosos del tema se centraran en el predominio de la “globalización económica”. Inmediatamente los sociólogos comenzaron a hablar de una “globalización cultural” o de modelos de comportamiento. También los procesos de integración política y económica desarrollados en regiones globales (Unión Europea, Mercosur, etc.) pusieron de manifiesto la posibilidad de desarrollar también una “globalización política” y, finalmente, como consecuencia de todo ello, una “globalización jurídica”.

Debemos tener en cuenta, y considerar, que el ámbito jurídico global y el local aparecen también en escena como dos dimensiones nuevas de las relaciones jurídico-económicas, lo cual dificulta y hace más compleja, la determinación de la especificidad jurídica y de las relaciones jurídicas, así como la interacción entre las tres esferas que se consolidan jurídicamente en la actualidad: la local, la nacional y la global.

El proceso de globalización o de transnacionalización tiene que ver con la desaparición de las fronteras estatales, con la descentralización espacial de los procesos productivos, distributivos y de consumo. Esto implica, por una parte, que los tradicionales Estados nacionales quedan excluidos de las relaciones jurídico-económicas transnacionales que la globalización comporta y, por otra parte, que toda actuación social, política, jurídica o económica queda interconexiónada en todo el planeta.

Son cuatro los actores que interactúan actualmente en el espacio jurídico mundial: los Estados, las organizaciones internacionales de poderes públicos, las empresas multinacionales y las asociaciones privadas de nivel internacional.

Estos actores actúan, no en el marco de un orden predispuesto, sino a través de una forma de cooperación, de manera que no existe una autoridad superior a todos ellos, ni una forma de organización que se reconozca en un centro de referencia. Las características de pluralidad y asimetría de los actores descritos y las peculiaridades de su organización hacen que en el seno de este sistema global no rijan las reglas de la política, sino que sean las propias reglas jurídicas las que esencialmente legitimen este proceso. Ello pone de relieve la propia importancia que tiene esta dimensión de la globalidad para los operadores jurídicos y de los valores intrínsecos que puede aportar la regla de Derecho en la futura configuración de los comportamientos y en la resolución de los conflictos.

EL DERECHO DEL COMERCIO TIENDE A LA UNIFICACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL.

Hoy en días los derechos compiten con la misma intensidad con la que compiten las economías. Desde el momento en que no existe práctica económica sin regla jurídica, no puede dejar de producirse el hecho de que las profundas transformaciones económicas y de flujos de capitales que se están produciendo a escala mundial conlleve una adaptación de las reglas jurídicas a este proceso.

En estos momentos las relaciones entre el Estado y la sociedad se están transformando como consecuencia de la influencia de los postulados dominantes de los mercados, cada vez más integrados, más globalizados, y que cobran mayor protagonismo con la liberalización del comercio, la competencia y la eficiencia. Y es en el Derecho del comercio internacional donde se refleja más intensamente esa evolución. El Derecho del comercio internacional influirá, en consecuencia, a la unificación jurídica internacional.

Las relaciones económicas necesitan de un adecuado cauce jurídico que impida el abuso y prepotencia de los más fuertes. A falta de normas, la globalización y el libre flujo de bienes, capitales y mercancías pueden convertirse en poderosos medios de propagar la desigualdad y de acentuar los aspectos más negativos del sistema capitalista, debiendo garantizar paralelamente una cohesión económica y social, evitando una concentración de la riqueza en las regiones que ya son más prósperas.

También en las relaciones jurídicas se consolida un veloz proceso de internacionalización, debido a la imparable globalización de la sociedad. La globalización ha provocado la internacionalización del Derecho, que en modo alguno puede ser ordenado exclusivamente por los principios del derecho internacional moderno, el cual continúa siendo principalmente un derecho entre Estados, y en el que la persona ocupa un lugar secundario.

DERECHO GLOBAL Y RELACIONES SOCIALES.

En la actualidad todos los humanos formamos un universo mayor, cohesionado en torno a nuevos intereses y nuevos problemas comunes, que comparten unas necesidades que tan sólo pueden ser satisfechas globalmente. Por tanto, es necesario hablar de una comunidad global y, por supuesto, de un derecho global que ordene las relaciones sociales conforme a criterios de justicia, y se fundamente en principios sólidos, apoyado en las nociones de Estado, soberanía y territorialidad.

Entre las fuentes de creación de normas, una fundamental normativa la constituye el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre obligaciones contractuales (entró en vigor para España el 1º de septiembre de 1993), normativa general de los contratos internacionales en la Unión Europea, que amplía su ámbito de aplicación al incrementarse cuantitativamente la actividad comercial. También el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones de 27 de septiembre de 1968, proporciona un mayor campo material de aplicación como consecuencia de la ampliación de las materias civiles y mercantiles.

La globalización también ha supuesto la aparición de nuevos actores, tales como las organizaciones no gubernamentales, las corporaciones transnacionales y los nuevos movimientos sociales y ha tendido a debilitar, fragmentar e incluso reestructurar el Estado.

Lo mismo puede decirse del Derecho convencional del arbitraje comercial internacional, por su aplicabilidad a las diferencias surgidas de relaciones económicas y la mercantilidad del objeto del litigio, que subsana la inseguridad jurídica.

Una acertada reflexión sobre el derecho global ha de emplear nuevos instrumentos y conceptos jurídicos para ordenar, conforme a derecho, esta nueva realidad. Si no hay una voluntad de orden, los juristas no pueden regular la sociedad conforme a derecho, ya que el complejo mundo de las relaciones internacionales ha dejado de ser unitario, y que cesó de ser internacional en el sentido más puro del término. Hablamos ya de un espacio global que es, a la vez, múltiple e interdependiente.

El papel del Estado nacional como coordinador único y soberano de la regulación social pasa necesaria y rápidamente por un proceso de fragmentación, tanto interna como externa, que le conduce, en base a una equivalencia funcional, a admitir otras instancias de regulación jurídica transnacionales, en nuevas formas de pluralismo jurídico.

Nuevas pautas de configuración jurídica se han desarrollado desde el último tercio del pasado siglo, planteando abiertamente el error de continuar definiendo el derecho internacional como tradicionalmente se ha venido haciendo, a saber: como un derecho que gobierna las mutuas relaciones entre Estados, delimitando principalmente sus jurisdicciones. Pero esto, siendo algo, no es del todo suficiente. El derecho debe regular las estructuras y los procesos de adopción de decisiones en la comunidad internacional, garantizar internacionalmente la protección de los derechos humanos, de las libertades civiles y de los derechos sociales, políticos y económicos, las reglas jurídicas que han de regir las relaciones económicas interdependientes a escala mundial, los servicios públicos, las corporaciones de los Estados, pero también las sociedades particulares, los conflictos de leyes, etc., y exigir a los internacionalistas sus mejores esfuerzos para la creación de un sistema legal con la suficiente extensión y profundidad en sus fundamentos como para liderar la alianza de una comunidad mundial.

El Estado se ha quedado pequeño para los asuntos globales y resulta grande para las cuestiones locales. Las decisiones más importantes de nuestros días, como la seguridad en el mundo, la eliminación de la pobreza, la defensa del medio ambiente o la reducción de armamentos nucleares, deben adoptarse en el marco de unas estructuras que superan las fronteras materiales y conceptuales del Estado, pues él es incapaz de aportar soluciones globales.

LA NUEVA DIMENSIÓN DE LA GLOBALIZACIÓN JURÍDICA.

Para contrarrestar los efectos negativos de este tipo de “derecho global” sin Estado, la única posibilidad es moverse en el mismo nivel jurídico, es decir, en el campo jurídico transnacional, puesto que el meramente estatal-nacional es insuficiente. Se trata de una nueva dimensión de la globalización jurídica, la que se está empezando a producir en las denominadas “regiones globales” mediante procesos de integración económica, política y jurídica. El ejemplo más desarrollado de este nuevo tipo de “globalización jurídica” es el que se produce ya en la Unión Europea.

La tensión entre lo global y lo local genera en el Estado moderno una posición incómoda, que exige cesiones de soberanía a través de tratados internacionales –como la constitución de la Unión Europea– o cesiones de competencias a instancias de decisión que actúen con mayor eficacia.

Sin embargo, la disparidad legislativa y la dificultad de aplicación de las normas de conflicto para la búsqueda del Derecho aplicable ha provocado honda preocupación en los países y organismos internacionales para encontrar una legislación unificadora, sustantiva y no formal o de conflicto, que regule las transacciones más relevantes de los negocios internacionales.

LA APARICIÓN DEL DERECHO EN LA NUEVA ECONOMÍA.

A tal propósito, y como antecedente histórico de relieve, una Conferencia diplomática celebrada en La Haya del 2 al 25 de abril de 1964 logró dos Convenciones: Ley Uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías y Ley Uniforme relativa a la formación de contratos de compraventas internacionales de mercaderías.

Pero ante el poco éxito de las Convenciones apuntadas se pensó que la unificación precisaba una auténtica participación mundial y un patrocinador. La Asamblea General de las Naciones Unidas creó en su seno un organismo con representación mundial que promoviese la armonización y unificación del derecho del comercio internacional, naciendo así la UNCITRAL o “United Nations Commission International Trade Law”, que en 1978 concluyó un Proyecto de Convención sobre la base de los dos anteriores, unificándolos en un solo texto, aprobado en Conferencia diplomática celebrada en Viena el 11 de abril de 1980.

Junto al Convenio de Viena han ido apareciendo una serie de Tratados internacionales que pueden considerarse complementarios de aquél. En tal sentido podemos mencionar el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, el Convenio de Ginebra de 1983 sobre representación en los contratos de compraventa de mercaderías, el Convenio de La Haya de 1986 sobre Ley aplicable a las obligaciones que nacen del contrato de compraventa, los Convenios de Ottawa de 1988 sobre leasing y factoring, etc.

También el creciente desarrollo de las denominadas “Condiciones generales de contratación”, y otras figuras semejantes, se inscribe en el contexto de la standardización de los contratos, exigida como un fenómeno de racionalización del tráfico negocial en serie, mediante la predeterminación y tipificación del contenido de las relaciones contractuales singulares, que desemboca en una función ordenadora del tráfico jurídico en general.

Este fenómeno de la standardización de los contratos cumple, además, una función inestimable en el campo de la contratación internacional, al servicio de la unificación de su régimen normativo.

A pesar del avance obtenido por el proceso de unificación de las legislaciones nacionales, no puede afirmarse que el comercio internacional disponga de una regulación única y por ello debe completarse con un conjunto normativo, peculiar del comercio exterior, denominado “lex mercatoria”.

Esta denominada “lex mercatoria” plantea la alternativa que sirve de freno a las desventajas que la globalización económica comporta, desarrollando campos jurídicos transnacionales, que contribuyen a establecer normas que escapan a las tradicionales regulaciones internas de los Estados, y que generan un tipo de contratación jurídico-mercantilista, con sus propias reglas de reconocimiento y de validez, favoreciendo la formación y el desarrollo de un Derecho autónomo de la práctica mercantil internacional que, en gran medida, se desenvuelve desconectado de los ordenamientos jurídicos nacionales.

La extensa gama de usos codificados, condiciones generales, contratos tipo, solución alternativa de conflictos por la vía del arbitraje y la mediación, etc., constituyen genuinas fuentes de expresión de este Derecho.

Asimismo, la agilidad del tráfico mercantil y los usos comerciales han consagrado la utilización de una serie de cláusulas contractuales, también denominados términos comerciales, cuyo conocimiento permite a los contratantes que basta referirse a ellos para que, de forma automática, se encuentren incorporados al contrato todas las cláusulas que, en virtud de los usos, están comprendidas dentro del tipo de la operación comercial designadas por el término.

Manifestaciones más significativas son los “Incoterms y otras Reglas y Usos Uniformes”, que como hábitos comerciales a fuerza de utilización repetida han llegado a convertirse en auténtica fuente de derecho, y que en España se reconocen expresamente en virtud del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil.

Pero la sociedad y el mercado globales han requerido de ciertas exigencias jurídicas para su correcto funcionamiento. Ante todo, estas normas jurídicas aplicables han de resultar iguales en todo el globo. Esto es, más que internacionales, las normas han de resultar uniformes: un mismo contrato internacional ha de tener la misma disciplina cualquiera que sea el país en el que se celebre y se cumpla, así que una misma discrepancia contractual ha de tener la misma solución cualquiera que sea el Estado en el que se suscite y resuelva. Esta característica es la denominada uniformidad y constituye el requisito básico comercial de la globalización. Se persigue establecer una regla única, de validez potencialmente universal, para disciplinar una concreta conducta transfronteriza cualquiera que sea la nacionalidad de las partes obligadas, el lugar de la prestación o el emplazamiento de la cosa en relación con el cual la conducta debe ser satisfecha.

EL FENÓMENO DEL DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA.

Deseo referirme al hecho, ya irreversible, de la armonización y unificación del Derecho en la Unión Europea.

La Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico y cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales. La concepción de los tratados que han dado origen a la Comunidad Europea es como una constitución, que ha llevado al Tribunal de Justicia a consagrar su interpretación en un sentido que permite caracterizar a la Comunidad como una comunidad de derecho.

Con la creación de la Unión Europea, los Estados soberanos que han firmado el Tratado son conscientes de haber signado un instrumento diferente a lo que era costumbre en el Derecho internacional, no sólo habiendo creado obligaciones mutuas, sino limitando sus derechos que transfieren a unas instituciones sobre las que no tienen un control directo.

Por oposición a los tratados internacionales de corte clásico, los tratados europeos erigen su propio ordenamiento jurídico, cuya especificidad le hace difícilmente aplicable el término “internacional”, de ahí que el vocablo “supranacional” indique más claramente que no es derecho internacional.

Hoy en día está fuera de toda duda la específica naturaleza del ordenamiento jurídico comunitario, y ninguno de los actos jurídicos emanan de las instituciones y órganos tradicionales, y con los que los juristas estamos familiarizados, pues los reglamentos, directivas, decisiones etc., son adoptados por instituciones que están situadas fuera de los propios Estados donde residen los ciudadanos que devienen sujetos de ese derecho, quedando éstos directamente afectados por esas normas.

Europa tiene ya leyes comunes, abstractas y generales, producto de la fusión de sistemas para temas y realidades que comprometen a todos los ciudadanos comunitarios.

En forma esquemática, podemos distinguir tres cauces a través de los cuales se produce la penetración del Derecho comunitario en los Ordenamientos nacionales: Por un efecto directo de las normas; por la introducción de los principios comunitarios por los órganos, con competencia normativa dentro de cada Estado y, por último, la asimilación de esos mismos principios por los órganos judiciales nacionales en la aplicación de las normas a través de las cuales resuelven los procesos.

Desde el punto de vista español, nuestras instituciones han recibido sin reservas las consecuencias de nuestra integración y reconocido la aplicabilidad del ordenamiento comunitario, con el principio básico de la primacía del Derecho comunitario, conforme al criterio dispositivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en virtud del cual los Tratados fundacionales han configurado un ordenamiento jurídico propio, que es a su vez asumido por los sistemas de los Estados miembros.

También la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha reconocido su carácter esencialmente normativo como manifestación principal de la potestad legislativa comunitaria, que constituye la fuente más importante en este ordenamiento supranacional y asegurando, a

su vez, la eficacia de las disposiciones comunitarias, evitando su incumplimiento por los Estados miembros que han utilizado el recurso a técnicas jurídicas diversas.

Los poderes residenciados en cada institución se han ido ejerciendo en base al compromiso aceptado por los Estados miembros, de transferir sus correspondientes competencias de atribución a los órganos institucionales, los cuales amparaban su actuación en la legalidad vigente a nivel comunitario.

Con la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico originario y con la interpretación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad, se han determinado los caracteres de un Derecho que ha ido implantándose en el interior de los Estados miembros, y que han servido incluso de modelo para otros ensayos integradores puestos en marcha en diversas partes del mundo.

UNIFICACIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA.

El Derecho del comercio internacional tenderá a la unificación para garantizar los intereses de los operadores del mercado mundial. Esta protección jurídica debe ser suficiente para contemplar la solución de cualquier perturbación o dificultad en la vida económica, y se comprueben y ejecuten los derechos individuales que nacen de las múltiples relaciones jurídicas.

La Constitución europea ya constituye un cuerpo de principios que si se ha ido formando con mucha rapidez, con la misma rapidez ha ido cambiando en el tiempo. Se presentaba inicialmente dominada por el mercado y la competencia, y se ha desarrollado en el tiempo como consecuencia de la liberalización de los servicios públicos y de la política monetaria comunes.

La arquitectura de un sistema jurisdiccional equilibrado y cohesionado deberá basarse en un tratamiento homogéneo de los diversos derechos implicados en la protección del sistema, así como en el desarrollo coherente de la jurisprudencia.

Nos enfrentamos a un enorme cambio, fruto de la mundialización y los desafíos que plantea una nueva economía basada en el conocimiento, más competitiva y dinámica, capaz de crecer económicamente de manera sostenible y con mayor cohesión social.

Ha llegado la hora de la imaginación jurídica, de la creatividad, de tomar conciencia de que la humanidad como tal tiene problemas comunes que afectan a la justicia y que, por tanto, deben ser resueltos por el derecho.

LA DEFENSA DEL DERECHO PRIVADO FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

Profesor Ricardo Zeledón Zeledón

Presidente

Academia Costarricense de Derecho

1. El civil como Derecho de los procesos económicos. La dimensión del desarrollo económico en la Sociedad: paso de una economía de subsistencia a una de mercado, y variación de los conceptos. El aislamiento del Código del proceso económico.

El Derecho privado desde las primeras sistematizaciones conceptuales, los primeros instrumentos normativos e incluso en la nueva normalidad aún no normativizado, se vincula en forma estricta y compacta con los nuevos órdenes impuestos por la economía. El Derecho privado, entonces, debe ser una disciplina en permanente transformación, si es que realmente quiere ser ese instrumento.

Esta perspectiva se pierde cuando se mantiene atado a cuerpos jurídicos divorciados de los nuevos órdenes, vinculándose con uno ya superado por el momento histórico o por las nuevas exigencias donde deja de ser la disciplina por excelencia de los procesos económicos para convertirse en una normativa neutra, o cuando no negadora de los nuevos rumbos. Tal es el caso de los códigos civiles de inspiración napoleónica cuyo papel fue el de instaurar un sistema económico liberal, precapitalista, superado con el transcurso de los años, no resulta idóneo para un nuevo orden económico.

La dimensión alcanzada por el fenómeno del desarrollo económico de la nueva Sociedad, jamás estático, en permanente cambio y evolución genera necesariamente la aparición de nuevas y emergentes formas de interacción y colaboración entre privados provenientes de diferentes sectores del proceso productivo. Relaciones económicas vinculadas, desde el momento mismo de la producción, se proyectan a otros sectores productivos, tal es el caso de la transformación o industrialización, alcanzando su máximo grado con la comercialización o puesta en el mercado de los productos, temas absolutamente diferentes del **tener** o del **gozar** de la **propiedad** del clásico derecho civil.

Los privados asumen roles distintos en las diferentes partes de la gran cadena creada por el proceso, con relaciones jurídicas de la más diversa índole: sea como productor, como industrializador, como comercializador, o consumidor, y aparte de todas las relaciones que unen a un sector con otro, también ellos tienen múltiples relaciones con terceras personas, empresas e instituciones para encontrar financiamiento a través de los contratos de crédito, evitar los riesgos por medio de los contratos de seguro, o aún más complejas cuando sus bienes han de colocarse en mercados internacionales por

medio de infinidad de medidas y requisitos que anteceden la compraventa internacional, viéndose afectados por convenciones internacionales, no solo ordenamientos jurídicos, de los mercados pre-ludio a los problemas de los privados.

La Sociedad actual ha conocido un desarrollo económico, diametralmente, opuesto al de las épocas de la promulgación de los Códigos civiles clásicos. Hoy se ha superado la economía de subsistencia y se estructura una economía de mercado. La producción se realiza en masa, para un consumidor más refinado, debiendo satisfacer normas nacionales e internacionales fito y zoonosanitarias, trazabilidad, higiene, excelencia, y presentación pues la competencia obliga, necesariamente, a recurrir a los avances tecnológicos para el mejoramiento de los productos, así como a técnicas más versátiles y ágiles para llevarlos en mejor forma al mercado.

Dentro de la nueva economía las conceptualizaciones jurídicas muchas veces resultan anticuadas, pues dentro del mercado uno y otro calificaban en forma distinta las mismas figuras. Para la economía, la familia deja de ser la sociedad natural fundada en el matrimonio, más bien adquiere el carácter de unidad de consumo, el contrato deja de ser el acuerdo de voluntades entre partes para constituirse en el momento del proceso productivo donde se realiza la transformación del producto en términos monetarios, siendo en última instancia el contrato el resultado de reacciones psicológicas, en las cuáles la intensidad de la necesidad depende de la fuerza del estímulo y en gran parte fruto de la propaganda, e incluso la venta y el trabajo dejan de ser institutos del Derecho para ser vistos como forma de garantizar la regularidad del flujo monetario. Este problema se hace más evidente en cuanto el Código civil deja de ser un adecuado instrumento para satisfacer las necesidades de la eficacia económica.

No es de extrañar, como se ha afirmado muchas veces, la pérdida de credibilidad sufrida por el civilista clásico dentro del proceso económico, quien ha sido aislado incluso en la redacción y proyección de las Leyes. Los operadores de la economía durante un largo período, del cual aún no queda clara la independencia han asumido para sí incluso la interpretación jurídica de los fenómenos económicos, y resignado o acomplejado el técnico del Derecho ha aceptado apartar de sí ese campo vedado.

El aislamiento del Código Civil actual del proceso económico es tal, que solo existen dos posibilidades para encontrar una cierta relación entre el proceso productivo y el Derecho Civil.

La primera, con la cual incluso los civilistas no se encuentran de acuerdo, es la seguida con mayor simplicidad por parte del legislador, recurriendo a la legislación especial (por su medio se han dictado normas de la más diversa índole cuya suma puede superar en quince o veinte veces las del mismo Código Civil), abarcando todo un universo de relaciones: en unos casos impuestas por el sector más poderoso dentro de la economía, existen casos donde la normativa ha sido el producto de un acuerdo entre los diferentes sectores, y se han dictado aún cuando no son las más leyes impuestas por el Estado al sector productivo para orientar, planificar o intervenir importantes áreas del sistema económico.

La segunda posibilidad, apetecida por muchos en especial por los clásicos y aquellos más poderosos se orienta a negarle autoridad al Derecho para actuar dentro del proceso económico, pues éste es tan dinámico y ajustado a reglas económicas dadas de oferta y demanda que lo adecuado es dejar a los privados fijar sus intereses y necesidades dentro del mercado, sin regulación de ninguna especie.

Sin negar en lo más mínimo la importancia del Derecho dentro del proceso económico, no deja de sorprender algunos argumentos esbozados por quienes se niegan a una intervención civilista en el proceso productivo. En efecto, mientras en la moderna economía se plantea el tema de la empresa los civilistas continúan ubicando, en el centro del sistema, a la propiedad: la primera es dinámica, la segunda es estática. Mientras en el Derecho civil la venta de cosa ajena es nula, o prohibida, en la nueva economía como lo incorporó el Derecho Comercial es la regla, pues para los civilistas interesa

la titularidad, no necesariamente la actividad. A pesar de seguir nuestro ordenamiento jurídico el sistema del **nudo consensu**, para la adquisición de derechos reales sobre bienes muebles se requiere la tradición sea esta real, o fingida con el **constituto posesorio** o la **traditio brevi manus** que significa un contrasentido que impide la libre comercialización de los bienes, principio cardinal del nuevo orden. Siendo indiscutible el fenómeno de la comercialización del derecho civil, se encuentran en forma aislada las obligaciones del Código Civil y las del Código de comercio como si no hubiere sucedido absolutamente nada y, además, se encuentran también aislados, son tratados académica y científicamente sin vinculación, los contratos civiles y los comerciales, además de haber dejado fuera de su estudio un conjunto contractual y obligacional importante nacidos con el nuevo orden como si ellos no existieren. Parece, por ello, en cierta forma atinada las críticas planteadas contra el civilista dentro del nuevo orden económico, pues su indiferencia al mismo, escudándose en fórmulas jurídicas superadas, necesariamente debe apartarle del proceso.

2. El orden económico y la evolución del Derecho civil. De la sistematización de Domat al Code Napoleón. La nueva evolución hacia el concepto de Derecho Común. La privatización del poder económico público; coincidencia con el Estado de Derecho y problemas con el Estado Democrático.

Las particularidades del Código Civil fundado en un proceso económico tienen profundas raíces, e interesantes proyecciones sobre las cuales puede percibirse la evolución del Derecho Civil, además de permitir fundar una adecuada respuesta para asentar un nuevo sistema normativo.

Pueden ubicarse diferentes momentos en relación con el tema. Antes de la codificación, en el período monárquico, podría ser uno de ellos u otro durante la vigencia y esplendor del movimiento nacido con el **Code Napoleón**, e, incluso, uno último una vez superadas las particularidades del Estado Liberal y entrada en escena de nuevas realidades económicas y sociales.

El planteamiento monárquico previo a la revolución francesa constituía una centralización administrativa con aparatos burocráticos periféricos ejercida por un ejecutivo central y una jurisdicción feudal noble. En el campo del Derecho existía el principio de la estatización de las fuentes de producción jurídica sin que en ellas entrara la normativa privada. Con el **Code Napoleón** llega a ser derecho del Estado del civil, independizándose del criterio que lo sustraía del arbitrio del soberano y, a su vez, le calificaba como **derecho de razón** o **derecho natural**.

La declaración de la autonomía de la Sociedad Civil del Estado, la separación de la economía de la política, constituyó el gran plan revolucionario de la cultura burguesa. Al Estado aceptado como máquina que mantiene el orden social, económico, religioso, la cultura burguesa había contrapuesto la Sociedad Civil, que es **sociedad natural** en el lenguaje de los iusnaturalistas, pensada como una sociedad dirigida por sus propias leyes: que son leyes **naturales** o **de razón**, inviolables por parte del Estado. La descomposición entre Sociedad Civil y Estado permitía sentar las bases para una descomposición en el ámbito del Derecho, fundado en los conceptos romanistas, entre el **ius privatum** y el **ius publicum**, el primero regulaba la Sociedad Civil, el segundo el Estado.

La distinción entre público y privado no tuvo importancia en el Derecho intermedio. Muere en Roma y toma vitalidad con la revolución francesa hasta nuestros días. El público o Derecho del Estado es **derecho arbitrario** impuesto por el Príncipe **ratione imperii**, el privado es **de razón** o **natural** vigente **imperio rationis**. Esta sistematización la planteó **Jean Domat** casi en los albores del Siglo XVII, en su obra **Lois civiles** y tuvo gran éxito desde el punto de vista de la sistemática, confirmándose en la experiencia histórica pues hasta 1789 con la revolución en Francia las ordenanzas del Rey jamás involucraron el Derecho de los privados. Con la llegada al poder de la burguesía se cancela la inmunidad de la Sociedad Civil del Derecho del Estado, declarándose superada la sistematización jurídica de **Domat**.

La burguesía descubre ahora como clase dominante que la ley puede ser un formidable instrumento de política económica y, en esta forma, va a ser directamente la burguesía quien requiere la intervención del Estado para regular las relaciones sociales. Por ello la codificación va a constituir uno de los primeros objetivos del programa de las fuerzas revolucionarias.

El **Code Napoléon** es el Código de una burguesía aún convencida de la existencia de leyes económicas universales y necesarias, confiando en la natural operatividad en su favor. A la ley del Estado la burguesía solo exige que respete el **estado de naturaleza** violado, y que supere todo obstáculo para impedir el curso **natural** de las leyes económicas. Planteaba el **laissez faire laissez passer** como instrumento para poder tomar los medios idóneos necesarios para la concentración y la utilización de los capitales. Como el derecho anterior no le bastaba debía crear su propio derecho.

Con su propio Derecho la burguesía no tenía absolutamente nada que temer del Estado. Sus problemas comenzaron cuando el sufragio no fue su derecho exclusivo, dejando de ser un Estado mono clasista, el de la dictadura de la burguesía, pues a partir de aquí muchas reglas comenzaron a variar, y los temores hacia el Estado crecieron: no era ya su Estado, y comenzaba a tener características similares a aquél monárquico del Derecho intermedio que podía afectar su política económica.

En el período de dominación liberal se ensayaron muchas fórmulas para distinguir entre Derecho público y privado. La doctrina alemana fundaba la distinción en la diferente naturaleza de los sujetos: privado cuando fueren relaciones entre privados, público si participaba el Estado. Los romanistas según la naturaleza de los intereses en juego: privado si mediaban intereses particulares, público si referidos a la entera comunidad estatal. Como en la sistemática de **Domat** se contraponía Sociedad Civil al Estado aparato. Eran criterios estrictamente formales, pues la separación entre uno y otro es irreductible, como lo es hoy separar el Estado de la Sociedad, además que las fronteras entre ambos son históricamente cambiantes pues la tendencia se orienta hacia la progresiva expansión del público a costa del privado.

Pero todas estas concepciones estaban llamadas a cambiar radicalmente, pues correspondían a la fase liberal del desarrollo de la economía capitalista, caracterizada por una abstención por parte del Estado en intervenir directamente en la economía, o bien de intervenir al menos en forma esporádica.

El Derecho civil abarcaba las relaciones entre los privados, relaciones referidas a la producción donde el Estado por definición económica e ideológica no podía vincularse y en consecuencia le era absolutamente extraño.

La variación de estas concepciones comienza a desquebrajarse cuando la economía capitalista asume el carácter de economía mixta. Esto es, asume el carácter de pública como original y siempre la había ostentado pero también de carácter privado pues comenzaba a intervenir en la economía. Este nuevo fenómeno, no conocido hasta entonces, de la intervención del Estado en la economía afecta notablemente la distinción sistemática entre derecho privado y sujeto privado, entre derecho privado e interés particular. Ninguna importancia va a tener la calificación de sujeto público si éste interviene en el proceso económico, pues al mismo en vez de aplicársele el Derecho público deberá aplicarse el privado.

A diferencia del fenómeno de la publicización operado en el Derecho civil en cuantos derechos otrora disponibles comienzan a ser indisponibles, pues normas de derecho privado estrictamente comienzan a tener influencia pública y en el campo de la economía se contradice completamente la imagen. Ya el Estado no publiciza todo lo que toca. Por el contrario se entra en una nueva etapa y es la de la privatización del Estado, en cuanto al mismo deberán desaplicarse las normas de carácter público para ser sujeto a aquellas estrictamente de Derecho privado.

Estas particularidades obligan necesariamente a ensayar otra sistemática pues la existente no resulta satisfactoria. El criterio de distinción se tiende a sustituir por uno unitario referido a las materias

a regular. Será Derecho privado el referido a las relaciones económicas, independientemente de la naturaleza de los intereses en juego, particulares o generales o de la naturaleza privada o pública del sujeto agente. Esto significa, aparentemente, un regreso a la concepción de Derecho común.

Todas estas particularidades del nuevo orden económico ofrecen la posibilidad de meditar profundamente, ya no solo en la distinción entre privado y público sino, sobre todo, en los elementos necesarios para introducir en una nueva normativa sobre el tema, en cuanto se han superado las reglas económicas de carácter liberal con que ha convivido el Código, y se debe tener una respuesta a la privatización del poder económico público, básicamente como salvaguarda, de la democracia política cuyo equilibrio ha comenzado a variar.

La construcción del Estado de Derecho, por parte de la burguesía, se orienta a darle preeminencia a los privados, su libertad y, sobre todo a su condición económica, con preeminencia o sobre el Estado, su autoridad y el ejercicio de la política. Prevalece el privado sobre el Estado, la libertad sobre la autoridad y la economía sobre la política. La protección del privado de la administración pública se da no por su condición de ciudadano, sino de operador económico. La concepción estructurada casi paralelamente en cuanto al Estado, es que éste constituye un ente que no crea, sino que destruye, la riqueza, que no valoriza, sino que desvaloriza, el capital.

Con el capitalismo el Estado no rompe, sino que desarrolla, el principio del Estado de Derecho. El mismo pretende crear riqueza y valorar el capital, introduciéndose directamente en el proceso productivo, procediendo a privatizar el poder económico público. Se convierte en el Estado empresario, se vincula con los empresarios en relaciones de Derecho privado, como si fuera también privado.

El problema no radica en que con su accionar contradice el Estado de Derecho y sus principios, lo que contradice son otros principios del Estado moderno. En primer lugar contradice los principios del Estado democrático en cuanto resta posibilidades reales a las instituciones democráticas para funcionar normalmente, a instituciones de democracia representativa como el Parlamento, al sustraer de él la posibilidad de control en la dirección de la actividad económica a través del Ejecutivo; igualmente afecta el Estado democrático en cuanto se invierten fondos públicos en actividades privadas no siempre eficazmente productivas en detrimento de funciones estrictamente estatales, por ejemplo de carácter social.

Por otra parte, la estatización de los medios de producción no necesariamente implica socialización de los medios productivos, o socialización del poder económico, pues encontrándose vinculado el Estado a un proceso económico privado lo único que busca es garantizarse un resultado vinculado para la ganancia fundado en criterios de economicidad y, por lo general, desvinculado con la distribución entre los consorciados de los beneficios. Desde esta óptica un Código civil para un nuevo orden económico debe tomar en consideración todas estas vicisitudes como única forma de intentar plasmar una respuesta hacia las particularidades que ofrece el fenómeno, sobre todo pudiendo percibir el grado evolutivo sufrido por el Derecho civil en materia económica y la necesidad de proyectar el Código hacia el nuevo proceso, para reiterar las bases de un esquema superado.

3. La dimensión de la libertad económica de iniciativa privada: como libertad en sentido formal y en sentido material. Posibilidades de institucionalarla en un Código civil. Programación y planificación. Los controles sobre las actividades económicas.

Dentro de esta problemática no puede dejarse de lado la discusión en torno a las dimensiones alcanzadas, dentro de los nuevos procesos, por la **libertad económica de iniciativa privada**. Aún cuando pudiere referirse a las diferentes libertades otorgadas constitucionalmente dentro del ámbito privado, como serían la libertad de contratación, la libertad de comercio y la libertad de empresa, o bien plantear la existencia del orden público económico basado en la propiedad, el comercio y la empresa, resulta, quizá mejor plantear el tema desde la óptica de la libertad económica de iniciativa privada en sentido amplio, como lo refieren ordenamientos jurídicos más avanzados que el nuestro.

La iniciativa económica privada sólo cobra vida en un sistema fundado en la libertad, en la posible privatización de los medios de producción, y en la organización privada de los procesos productivos. Sus elementos suelen definir el gobierno de la economía, al desarrollarse deben realizarlo conforme a la utilidad social, sin causar daño a la seguridad, la libertad o la dignidad humana, dentro de programas y controles idóneos para dirigir y coordinar la actividad económica a los fines sociales.

La libertad económica de iniciativa privada es concebida por los constitucionalistas junto con las otras libertades como parte de la libertad humana, como uno de los modos dignos de tutela, por medio de los cuales el ser humano desarrolla su personalidad.

Naturalmente como toda libertad, la de iniciativa económica encuentra sus límites en el paralelo reconocimiento de otras libertades. No puede estar en contraste, sino debe coordinarse, con otras libertades políticas (y sindicales) vinculadas con la libertad del empresario dentro del proceso productivo. En otras palabras, ella no se basta a sí misma, debe encontrarse en armonía con todas las demás para garantizar en forma amplia la libertad.

Sostener su autonomía significaría afirmar, equivocadamente, su existencia como libertad en sentido formal, pero concebirla dentro del complejo marco de las otras libertades, en relación y en función de los demás individuos y sujetos de derecho sería darle una dimensión de libertad en sentido material.

Aún cuando la libertad económica de iniciativa privada ha encontrado asiento institucional dentro del ámbito de la Constitución y de su correspondiente Derecho, convendría plantearla en la forma más amplia dentro de un Código civil. Esto es, darle una definición clara en los planos de las obligaciones, sobre todo en cuanto al debido cumplimiento de los adecuados controles sobre las actividades económicas para que éstas satisfagan no solo principios de orden privado y público sino también de utilidad social y de fines sociales en el ejercicio y control de la autonomía privada, como también en el plano de los contratos permitiendo el ingreso de nuevas formas contractuales unos nacidos al calor del proceso económico: como exigencia suya, y otros cuya importancia requiere positivarlos pues la iniciativa económica privada ha generado fórmulas **atípicas** cuyo ingreso en el orden jurídico constituye una necesidad insoslayable y, en la misma forma, en el ámbito de los derechos reales donde ellos deben encontrarse en coincidencia con fórmulas empresariales más avanzadas, dando la posibilidad, a manera de ejemplo, de permitir el ingreso de institutos como aquél denominado por el Derecho italiano **azienda**, o por los franceses **exploitation** también conocido desde el Derecho romano como **instrumenta fundi**, y que constituye el conjunto de bienes organizados por el empresario para ejercer su actividad. La positivización de normas de esta naturaleza cuyos ejemplos anteriores no agotan las posibilidades podría permitir un Código más ajustado a la realidad económica.

Uno de los temas sobre los cuales el tratamiento de la libertad de iniciativa económica privada no quedaría completo es el de la programación y la planificación.

Para los liberales este es un argumento muy complejo. Lo ven como el instrumento último para colmar la fractura entre Estado y Sociedad Civil, entre Estado y Economía. Son vistos como demonios por exorcizar para salvar la historia y las absolutas libertades del individuo. Una concepción más actual calificaría a la programación y a la planificación como instrumentos para superar la anarquía y el desorden de la producción. Interpretado como se quiera es un fenómeno que afecta necesariamente los principios de la autonomía de la voluntad. En unos casos el Estado determina áreas o grandes zonas donde solo se pueden producir un tipo determinado de producto, ofrece posibilidades financieras o actividades específicas, prohíbe la producción en ciertas condiciones, y en general fija normas generales de acatamiento obligatorio para orientar, dirigir o conducir la producción. Por su medio necesariamente se alteran los principios liberales, pues las libertades se encuentran no en función del individuo sino de la colectividad cuya definición la señala el Estado. Sea como fuera éste es un fenómeno de nuestros tiempos cuyo análisis requiere desvincularse de criterios tradicionales de interpretación, y sobre el cual el jurista actual no le resulta extraño.

En igual forma, si por medio del Código para el nuevo orden económico se pretende incorporar el principio sobre bases sólidas que permitan fortalecer también el Estado democrático de Derecho, no deben excluirse los ya existentes y en vías de multiplicación controles sobre las actividades económicas. En un sentido amplio estos controles podrían ser incluso de carácter político como los analiza también la doctrina, sin embargo en el plano jurídico se vinculan con los controles impuestos, tanto por el Derecho privado como por el Derecho público tendrán su incidencia sobre el principio de la autonomía privada y sobre la libertad contractual, con especial énfasis en el ejercicio de la empresa, tanto en los actos como en la actividad. Esta relación entre control y autonomía privada nace, precisamente, porque entre ambas existe una íntima contradicción de fondo. La autonomía privada se afirma como concepto antitético del control. Pero también existen controles referidos a que la libertad de iniciativa económica privada no puede, y no debe, reñir con la utilidad social y con los fines sociales, así la autonomía privada podrá existir solo en la medida que lo haga en consonancia con éstos, y en esta forma el control viene a adquirir el significado descriptivo de la posibilidad y la necesidad de un juicio sobre la oportunidad o la conveniencia de escogencias económicas cumplidas por la empresa caso típico es el accionar de la gran empresa para la cual este principio funciona siempre que se manifieste acorde con los intereses de sus trabajadores, de los consumidores y del público en general; de esto puede generarse el control social sobre la empresa, y manifestarse luego, en forma más amplia referido al control público sobre la economía.

Aún cuando se tratare del pensamiento más defensor de esta libertad siempre hay límites absolutos en un Estado democrático de Derecho, cuyos valores se encuentran en grado superior a esta libertad. Uno de esos casos es el de la exploración o explotación de los recursos naturales. Porque estos pertenecen al Estado y tienen un sentido de protección especial, muy sentidos por la Sociedad Civil. En siglos anteriores era normal la llegada de empresas extranjeras interesadas en solicitar concesiones de este tipo, ofreciendo como contraprestación el uso de mano de obra y el pago de impuestos. Hoy la posición es totalmente diferente. La posición de las instituciones públicas encargadas de la protección del ambiente, aún cuando el Poder Ejecutivo pueda estar de acuerdo, tienen un contrapeso negativo en la Sociedad Civil por la destrucción de los recursos naturales, limitando el principio económico de la iniciativa privada desde la concesión misma de exploración.

Los controles a la iniciativa económica privada crecen y se multiplican en todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Con mayor incidencia en aquellos sistemas donde se requiere estructurar una coincidencia entre el libre mercado y los intereses de las mayorías, entre la empresa y los que contribuyen a su grandeza, entre el sistema económico y sus sujetos conformadores.

4. Más sobre la libertad económica de iniciativa privada. Transformación de la estructura y la función de los institutos del Derecho civil. La necesidad de integrar la empresa y la unificación de las obligaciones civiles y comerciales (e incluso de otras nacidas del nuevo orden económico) dentro del Derecho privado. El principio de la libre competencia.

El privatista contemporáneo viene adquiriendo conciencia en la práctica económica y social, y en la evolución teórica que de **la libertad económica de iniciativa privada** deriva la actividad de quien utiliza la riqueza para producir nueva riqueza. Esta libertad contempla varios aspectos. Por una parte, en beneficio de la Sociedad, a utilizar los bienes y los recursos humanos para generar la actividad productiva. Y por otra parte la libertad de los privados de determinar el dónde producir, cómo producir, cuándo producir y a qué actividad de producción se va a dedicar.

En el centro de la libertad de iniciativa privada económica se encuentra el empresario quien es el encargado de organizar los factores de la producción para ejercer la actividad productiva. Y es la empresa el instituto para instrumentalizar esta libertad.

Se sostiene siempre la dependencia de la libertad económica de iniciativa privada de una serie de garantías, constitucionales la mayoría de ellas, para poder cumplirse, el derecho a la propiedad

privada, la libertad de la contratación de los medios de producción, la libertad de contratación con los trabajadores, y la libertad de acceso al mercado para la colocación de los productos de la empresa.

«L'iniziativa economica privata é libera », proclama l'art. 41 comma 1° della Costituzione. Il concetto di iniziativa economica identifica, nella sua più lata accezione, l'attività di chi utilizza la ricchezza per produrre nuova ricchezza. La libertà che l'art. 41 riconosce ai privati è, perciò, libertà dei privati di disporre delle risorse, materiali e umane; è, in secondo luogo, libertà dei privati di organizzare l'attività produttiva e, quindi, e libertà dei privati di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre. È una libertà che presuppone il riconoscimento di altri diritti dei privati, alcuni dei quali costituzionalmente garantiti, come la proprietà privata (art. 42 comma 2°) anche dei mezzi di produzione (i « beni economici» di cui al primo comma); presuppone, pili in generale, la libertà contrattuale, essendo il contratto, fundamentalmente, lo strumento mediante il quale l'imprenditore, da un lato, si procura la disponibilità delle risorse da utilizzare nel processo produttivo e, dall'altro, colloca il prodotto sul mercato; e presuppone, in particolare, la legittimità della alienazione della forza lavoro, ossia dello scambio prestazioni di lavoro contro retribuzione (art. 36), cui consegue l'attribuzione del prodotto al privato imprenditore».

GALGANO, Francesco, **Diritto Privato**, 14° edizione, Cedam, 2008, p. 501.

Pero la existencia de la libertad económica de iniciativa privada en modo alguno significa que el empresario sea propietario, ni del intercambio de bienes y servicios, porque esta libertad se vincula más al concepto de empresa o al de la iniciativa económica, porque es aquél que combina los factores de la producción para la creación de la riqueza, como organizador del proceso productivo, como activador del sistema económico. Por tal razón puede utilizar los factores de la producción, incluida la propiedad de otros mediante contratos, por tal razón el derecho de la propiedad y la libertad económica de iniciativa privada tiene un tratamiento diferente en la constitución, y no por casualidad históricamente ha existido, y existe, conflicto entre empresarios y propietarios.

“La libertà di iniziativa economica non è però riducibile alla somma di altre libertà e di altri diritti riconosciuti al cittadino; non si esaurisce nell'esercizio del diritto di proprietà e della libertà contrattuale; è, rispetto a questi, un qualcosa di più, che è dato dalla utilizzazione congiunta di una somma di diritti e di libertà e di altri diritti riconosciuti al cittadino; non si esaurisce nell'esercizio dello scambio di beni o di servizi. E quel di più che viene, tradizionalmente, espresso dal concetto di «impresa» o di «iniziativa» economica; che caratterizza l'imprenditore rispetto al mero proprietario degli strumenti di produzione, come colui che «combina» i fattori della produzione per la creazione di nuova ricchezza, come l'«organizzatore» del processo produttivo, come l'«attivatore» del sistema economico. Del resto, l'imprenditore può non essere proprietario dei mezzi di produzione: può utilizzare, a proprio rischio, l'altrui ricchezza. Di qui il separato riconoscimento costituzionale della proprietà privata e della libertà di iniziativa economica privata, la quale è libertà, riconosciuta ai privati, di svolgere quella specifica funzione economica che è la cosiddetta funzione imprenditoriale; ed è la libertà dall'esercizio della quale trae la propria esistenza un definito ceto sociale, la cosiddetta classe imprenditoriale, le cui ragioni sono non solo storicamente ma, assai spesso, nell'esperienza attuale in conflitto con quelle della classe proprietaria.

GALGANO, Francesco, **Diritto Privato**, 14° edizione, Cedam, 2008, p. 501-502.

Esto ha comenzado a generar transformaciones, tanto en la estructura como en la función de casi todos los institutos básicos del Derecho privado, tanto en las obligaciones como en los contratos, y en otros órdenes jurídicos desde la concepción de la capacidad de actuar del sujeto hasta las más complejas provenientes de factores exógenos al mismo Derecho privado como podría ser la concepción del ambiente, el territorio, e incluso de la concepción del Estado de Derecho.

Ha saltado la tesis, muy sólida hace bastantes años y aún hoy sostenida por unos pocos de que el Derecho Privado ha de encargarse solo del conflicto de intereses entre sujetos iguales. Esto es un problema de poca importancia dentro del contexto general. Hoy también se encuentra estrechamente

vinculado con el ejercicio de la actividad económica: primero porque son sujetos privados los artífices de la actividad, segundo porque las relaciones jurídicas nacidas de la actividad económica, proveniente del Código o de la legislación especial tienen una naturaleza estrictamente privada y, finalmente, porque aún cuando intervenga el Estado la materia privatiza la actividad económica del órgano público.

Sin entrar en mayores discusiones, la referencia a la actividad productiva en la reconstrucción de la base real y jurídica de las relaciones entre privados necesariamente obliga a enfrentar el problema en el Derecho privado desde una óptica diferente. Porque con la actividad del empresario, como en Derecho comercial, el acento se ha de poder sobre el **hacer** y no necesariamente sobre el **tener**, más sobre el **actuar**, que sobre el **gozar y disfrutar**.

Ello porque la empresa cobra un papel protagónico como otro de los institutos del Derecho privado, como ocurre en todos los demás ordenamientos jurídicos de avanzada, donde el sistema no se funda solo en la propiedad privada, sino también en una serie de libertades y derechos nuevos referidos a los privados.

En este orden de ideas no es ni siquiera necesario plantearse el problema, o interrogarse preliminarmente sobre su necesidad y oportunidad. Debe recordarse como el fenómeno de la empresa no es en sí mismo un instituto originariamente jurídico, es una realidad económica del cual los ordenamientos jurídicos han tomado acto. Y la teoría de la empresa se ha formulado a partir de elementos estrictamente económicos.

El planteamiento ya se ha iniciado en las diferentes disciplinas del Derecho privado en forma satisfactoria desde hace muchos años, y ha entrado en la Cultura como muchos otros institutos del Derecho.

El jurista deberá preguntarse si la sola introducción del concepto de empresa, así como la regulación completa del empresario, ha de bastar, o si, por el contrario, se requiere determinar lo que hace el empresario y sus criterios de operación, como forma de forjar un Código para el mañana vinculado a la realidad. El interrogante podría incluso sintetizarse referido a si ¿convendría seguir un criterio como el del Código Civil italiano de 1942? o ¿sería necesario concebir uno con una orientación diferente?

Algunos podrían apuntar, en torno al ingreso de la empresa, una manifestación más de la comercialización del Derecho privado, pero la empresa es más que el Derecho comercial, pues en la empresa el comercial es tan solo una especie del género empresarial, la cual tiene cabida para muchas otras disciplinas distintas a ella. La realidad es que la empresa, cada vez más, tiende a ser el punto de referencia más claro para la satisfacción de intereses y necesidades económicas, sociales, generales e individuales.

Siempre sobre el mismo punto constituye una urgencia nacional urgir la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, dándole una regulación, tratamiento e interpretación absolutamente homogéneos a las civiles y comerciales, pues no se justifica un trato distinto para unas y otras. Este es un tema insoslayable. La existencia de un conjunto obligacional de un cuerpo normativo civil, y otro en uno comercial, cuando ambos se aplican a relaciones entre privados constituye un verdadero contrasentido.

El problema resulta más complejo si se observa el nuevo orden económico. Porque el ámbito de las relaciones de obligación abarcan todos los días campos más amplios, como el del mismo Derecho público y convendría redimensionar los criterios tradicionales para hacer girar las obligaciones del comercio, de la industria, de la empresa, de los entes públicos, en fin del ejercicio de la actividad económica bajo un único sistema. Un criterio restringido y a una visión invertida del problema generaría mayor seguridad jurídica.

Tanto el tema de la empresa como el de la unificación de las obligaciones no son dos temas aislados, por el contrario, son dos caras de la misma moneda. La solución integral del problema debe necesariamente abarcarlos, partiendo del Derecho privado, para abarcar campos más amplios como los del Derecho económico y el Derecho público conforme a las nuevas orientaciones.

La tarea del codificador moderno que pretende dar respuesta general al problema sin pretender crear un Código totalizador, porque ese nunca ha de ser su objetivo debe comprender lo que hasta ahora ha venido haciendo la doctrina, la jurisprudencia e incluso la legislación especial. Primeramente se han aislado los institutos, tales como el empresario, la sociedad, la quiebra, y otros, así como las fattiespecies concretas, por ejemplo el contrato de seguro, el de comisión, o el de agencia, para luego, en segundo lugar, ir dividiendo cada vez la materia para ser conocida por diferentes disciplinas: Derecho comercial, Derecho industrial, Derecho de quiebras. Esto crea la impresión de la existencia cada vez más amplia de disciplinas no reconducibles a unidad dentro del derecho de los privados. He aquí donde tanto la empresa como la unificación de las obligaciones pueden prestar un gran servicio a un Código contemporáneo, pues ambos podrían ser vehículo para dar respuesta unitaria a los problemas mencionados y posiblemente a muchos otros surgidos por lo menos hasta que sea necesario otro replanteamiento de las nuevas realidades ofrecidas por la economía.

Pero la respuesta de un Código de derecho privado concebido y estructurado para un nuevo orden económico no puede, y no debe, partir única y exclusivamente de una visión económica del problema, debe estar también inspirado en principios de carácter humano. En el proceso económico, para nadie es un secreto, los institutos típicos del Derecho privado cambian profundamente y asumen nuevos perfiles como se ha dicho pero no puede aceptarse la existencia de esos cambios, si ellos demeritan los institutos básicos del Derecho y de la Sociedad Civil, con características no queridas o contrarias a la dignidad humana; por ejemplo la sociedad industrial, que produce en masa para un mercado, se ha llevado hasta los campos para concebir uno o pocos de los miembros de la familia en demérito de los otros, generando en esta forma, a través de normas, la desintegración familiar.

Debe, sin la menor duda, tomarse acto de los fenómenos de la comercialización y la publicación del Derecho Privado, pero ellas deben ser interpretadas estructurándose sobre bases sólidas de carácter humano, sin permitir desnaturalizaciones aún cuando luego pueda irse concibiendo una separación entre el Derecho de los privado del Derecho de las empresas, como apunta una doctrina visionaria, pues el proceso económico y la intervención estatal no pueden, y no deben, socavar las bases de la Sociedad, debiendo concebirse el nuevo orden económico en forma coincidente con los intereses colectivos.

La **libertad económica de iniciativa privada** debe comprenderse dentro del **principio de la libre competencia**. Por su medio las empresas carecen de poder para manipular el precio dentro del mercado con el objeto de maximizar el bienestar, resultando una situación ideal de los mercados de bienes y servicios por los cuales la interacción entre oferta y demanda determina el precio. El mercado en competencia perfecta es aquél donde existe una cantidad ilimitada de compradores (demanda) y de vendedores (oferta), donde ningún comprador ni vendedor en forma individual puede influir en forma decisiva sobre el precio.

“Della libertà di iniziativa economica possono fruire, per un medesimo settore di attivira, più imprenditori e, in linea di principio, una pluralità illimitata di imprenditori. È il principio della libera concorrenza: un principio che protegge l'uguale libertà di iniziativa economica di ciascuno e, al tempo stesso, si propone di giovare alla prosperità collettiva. Esso è, per la scienza economica classica, un cardine fondamentale del sistema economico: si confida che più imprenditore in concorrenza fra loro tenderanno, per procurarsi la preferenza dei consumatori, a migliorare la qualità dei prodotti e a ridurre i prezzi; e che essi tenderanno, per superarsi a vicenda, ad una sempre più intensa utilizzazione delle risorse naturali e umane, con l'effetto di accrescere sempre più la prosperità generale”.

GALGANO, Francesco, **Diritto Privato**, 14^o edizione, Cedam, 2008, p. 503-504.

5. ¿Qué papel puede jugar el Derecho Privado (o un Código civil) en las crisis de inflación o recesión? ¿Es un problema exclusivamente de mercados o de la soberanía económica de los países?

El sistema económico generalmente gira en torno a dos fenómenos altamente complejos, la inflación y la recesión. De ellos los códigos civiles no se ocupan porque parecen serle absolutamente extraños, cuando en realidad las soluciones jurídicas en el plano económico, especialmente por parte de la jurisprudencia, no pueden ser ajenas, o estar desligadas a ellas especialmente en tratándose de todos los problemas derivados de las obligaciones y del cumplimiento de los contratos.

Una explicación jurídica muy inocente radica en que el **Code Civil** fue promulgado antes de la revolución industrial, antes de la aparición del capitalismo, y del mismo modo todos los demás códigos de la época, incluido el de 1889, fueron aprobados para una economía precapitalista. Fueron códigos para el **tener** no para **hacer**, para la **actividad**, códigos estáticos no dinámicos, cuyo corazón fue la propiedad no el contrato ni la empresa. Por tal razón conocieron los fenómenos de la decodificación y la desmembración a través de la legislación especial para dar cabida a nuevas disciplinas jurídicas más ajustadas a los nuevos fenómenos económicos. Así surgieron por razones económicas el Derecho comercial, el industrial, el derecho de familia, el agrario y el laboral (por su origen económico y social), que junto con toda esta normativa de la legislación especial y la misma **lex generalis** del Código civil, han permitido el surgimiento del Derecho privado. Porque el Código civil no era la única normativa referida a los privados, sino una parte, quizá la más pequeña.

En este sentido, quizá, pueda tener lógica la crítica de que el Código quedó reducido a la microeconomía y no a los grandes fenómenos para los cuales no fue pensado.

Por estas razones conviene ingresar en ambos conceptos económicos como para comprender qué alternativas se podrían formular en un periodo futuro, o cuál es la situación real de mismo código frente a estos fenómenos.

Para comenzar es importante recordar que en economía, la **inflación** es el aumento sostenido y generalizado del nivel de precios de bienes y servicios, medido frente a un poder adquisitivo. Se define también como la caída en el valor de mercado o del poder adquisitivo de una moneda en una economía en particular, lo que se diferencia de la devaluación, dado que esta última se refiere a la caída en el valor de la moneda de un país en relación con otra moneda cotizada en los mercados internacionales, como el dólar estadounidense, el euro o el yen.

De acuerdo a esta teoría nekeynesiana existen tres tipos de inflación conforme al “modelo del triángulo”.

- La inflación en función a la demanda por incremento del PNB y una baja tasa de desempleo, o lo que denomina la “curva de Phillips”.
- La inflación originada por el aumento en los costos, como podría ser el aumento en los precios del petróleo.
- Inflación generada por las mismas expectativas de inflación, lo cual genera un círculo vicioso. Esto es típico en países con alta inflación en donde los trabajadores pugnan por aumentos de salarios para contrarrestar los efectos inflacionarios, lo cual da pie al aumento en los precios por parte de los empresarios al consumidor, originando un círculo vicioso de inflación.

Cualquiera de estos tipos de inflación podrían operar en forma combinada para originar la inflación de un país. Sin embargo, las dos primeras mantenidas por un período sustancial de tiempo dan origen a la tercera. En otras palabras una inflación persistente originada por elementos monetarios o de costos da lugar a una inflación de expectativas.

De estas tres, la tercera es la más dañina y difícil de controlar, pues se traduce en una mente colectiva que acepta a la inflación como elemento natural de la economía del país. En este tipo de

inflación entra en juego otro elemento, la especulación producida por el empresario o el oferente de bienes y servicios al incrementar sus precios anticipadamente a una pérdida de valor de la moneda en un futuro o aprovecha el fenómeno de la inflación para aumentar sus ganancias desmesuradamente.

El otro fenómeno de la economía es la **recesión**. Se entiende por tal el periodo de tiempo de caída de la actividad económica de un país o región, medida a través de la baja del producto interior bruto real. Si el periodo prolongado es de al menos dos semestres consecutivos se considera un tiempo suficientemente prolongado, sin embargo hay autores que reducen este tiempo al de tres trimestres o incluso dos trimestres, lo que se considera una recesión débil. En determinadas ocasiones los actores políticos han utilizado una u otra según sus intereses. En la teoría de los ciclos económicos corresponde a la fase descendente del ciclo. Se suele caracterizar por una reducción de casi todas las variables económicas como son:

- la producción de bienes y servicios
- el consumo, particularmente suelen descender las ventas de automóviles y viviendas
- la inversión suele ser especialmente sensible en las recesiones, teniendo caídas muy pronunciadas durante estos periodos. Cuando empeora la situación económica, una gran parte es atribuible a las reducciones del gasto en nuevas inversiones, que son suspendidas o aplazadas en el tiempo.
- el empleo, la caída de la producción de bienes y servicios, provoca que las empresas demanden menos mano de obra y por tanto se produce un aumento del desempleo, así lo muestra la Ley de Okun
- el beneficio de las empresas
- las cotizaciones de los índices bursátiles

La inflación suele bajar durante los periodos de recesión. Al descender la demanda de materias primas, caen sus precios. Los salarios y los precios industriales tienen menos tendencia a bajar, pero tienden a subir menos deprisa en las recesiones económicas.

La recesión puede producirse de forma suave o abrupta. En este último se habla de crisis. El proceso se complica cuando un elevado número de empresas entra en quiebra y arrastra a los proveedores pudiendo llegar en algunos casos a lo que normalmente también se denomina crisis. Tal disminución generalmente provoca un gran desempleo. Si la recesión es muy seria, se conoce como depresión.

Algunas causas de la recesión son la sobreproducción, la disminución del consumo (atribuible a la preocupación sobre el futuro, por ejemplo), la carencia de innovaciones y de formación de nuevo capital, y fluctuaciones casuales. Las recesiones suelen estar motivados por oscilaciones de la demanda agregada.

Mientras estos fenómenos económicos impactan directamente al privado y a la Sociedad Civil el Código civil permanece inmutable. Los civilistas siguen considerando que los asuntos propios de la disciplina se resuelven dentro del mismo código y él tiene respuesta a todo cuanto sucede en ese mundo.

Pero en estos momentos se están viviendo problemas tan graves de los cuales el Código sigue estando ausente, como de todas las reformas constitucionales que han operado desde 1888, de los avances del ordenamiento jurídico en todos los campos, y lo peor en el país se trata el Código como si no hubiera ocurrido nada en el contexto histórico, cultural, político, económico, e ideológico.

El mismo ordenamiento jurídico, para eximir al Código civil, se ve sorprendido por los grandes fenómenos económicos mundiales del mercado. Con las manipulaciones bursátiles desde Nueva York hasta Tokio pasando por las de Europa y América Latina. Las arriesgadas operaciones financieras de los bancos en su afán infinito de obtener ganancias por cualquier medio, de los movimientos a nivel internacional de los bancos, aseguradoras, con dineros y bienes ajenos, como si fueran propios, en un

capitalismo frío y calculador, que lleva al mundo a graves procesos inflacionarios y de recesión, por encima de las decisiones de los Estados, pretendiendo dejar limitados los ordenamientos jurídicos de los países para que puedan hacer absolutamente nada. Pero esos criterios son insostenibles. Entretanto el capitalismo cree resolver los problemas rompiendo todos los principios jurídicos nacionales e internacionales. Entre sus soluciones se despiden a miles y miles de trabajadores de las grandes empresas transnacionales, para enmendar las pérdidas, se promueven las quiebras, y se somete al mundo a la zozobra.

He seguido cuidadosamente el curso de la última crisis económica global a que ha conducido Estados Unidos, fijándome en los problemas ideológicos de la política de los Gobiernos **George Bush** y **Barack Obama**, en una historia inconclusa, para intentar formular algunas hipótesis o reflexiones jurídicas aún cuando el panorama no se encuentre lo suficientemente claro.

El 27 de enero del 2010 **Barack Obama** rindió el **Informe a la Nación** indicando que "lo peor de la tormenta ya pasó", al cumplirse un año de su mandato, para tranquilizar a los norteamericanos sobre la situación económica del país, especialmente para quienes están agobiados por la economía, afirmando a su vez "pero la devastación continúa". Aseguro que "Soy consciente de las preocupaciones que dominan allí afuera ... Todos odiamos el programa de rescate bancario" Abogó por una "seria" reforma financiera y dijo que no está interesado en castigar a los bancos. "Me interesa proteger nuestra economía".

En esa forma también respondía la noticia, de principios del 2010 cuando la prensa internacional informó sobre las opiniones expresadas en la reunión anual de la **Asociación Económica Estadounidense**, el 3 de enero en Atlanta, donde se señaló que "la recesión no ha terminado", la producción económica no retornará a sus niveles previos a la crisis antes del 2013 mientras el mercado laboral no se recuperará completamente sino hasta el 2016. El Nobel de Economía **Joseph Stiglitz** aseguró que las reformas regulatorias propuestas en Estados Unidos son totalmente inadecuadas.

Se trata de uno de los fenómenos ideológicos, políticos, económicos, e históricos más contradictorios del liberalismo mundial cuyo momento histórico se ubica en el 2008, al finalizar el segundo mandato del **Gobierno Bush** en los Estados Unidos, con la crisis económica del sistema bancario e industrial privado, derivado de la crisis hipotecarias **subprime**, con impacto en todo el mundo donde los principios del liberalismo económico cayeron estrepitosamente. Los liberales actuaron con corrientes ideológicas propias del Estado interventor, porque los fondos privados del Estado se fueron a socorrer e impedir la quiebra a los bancos y la industria privada, así como a financiarlos para evitar una crisis más grave.

El Gobierno Demócrata de **Obama** admitió la política de ex Presidente **Bush**, como propias, y continuó la política económica anterior.

Con las acciones tomadas cayó toda la línea ideológica y económica de los Estados Unidos durante toda su historia. Cayó el fundamentalismo de los mercados libres y la liberalización financiera. El Gobierno inyectó capital a la banca y a la industria, demostrando la falsedad de la premisa de la autorregulación del mercado, porque resulta inaceptable la negativa privada a la regulación con al menos normas mínimas para evitar el desborde, impedir el auge de la pobreza y abrir oportunidades de desarrollo para todos, función que solo puede cumplir el Estado dentro del mercado contra todos los principios liberales desde Adam Smith.

Incluso los gobiernos europeos de derecha actuaron en la misma forma y han justificado su desatino ideológico como un hecho salvador en el momento oportuno, copiando al ex Presidente **Bush** de cuyo nivel de inteligencia siempre se han conocido sus limitaciones.

El fenómeno constituye una de las crisis más graves de la economía capitalista, originada en el Gobierno de la Bolsa de Valores, donde el equilibrio se logra con el despido masivo de empleados

(sin importar el agravamiento de la situación social), y la destrucción de las empresas, en los mismos términos de cómo ocurrió en la gran crisis de 1929.

La crisis financiera comenzó con las hipotecas **subprime** que se extiende por los mercados financieros partir del 9 de agosto de 2007. Se considera disparador y parte de la crisis financiera de 2008 y de la crisis económica de 2008. La crisis hipotecaria se saldó para evitar varias quiebras financieras, nacionalizaciones bancarias, intervenciones de los Bancos centrales de las principales economías desarrolladas, profundos descensos en las cotizaciones bursátiles y un deterioro de la economía global real, que ha supuesto la entrada en recesión de algunas de las economías más industrializadas. Las hipotecas **subprime** eran utilizadas para la adquisición de vivienda, a intereses más altos para clientes con escasa solvencia, con comisiones bancarias más gravosas. Los bancos norteamericanos tenían un límite a la concesión de este tipo de préstamos, impuesto por la Reserva Federal. Dichas hipotecas fueron retiradas del activo del balance de la entidades concesionaria, transferidas a fondos de inversión o planes de pensiones, mediante los **carry trade**. El problema surge cuando el inversor desconoce el verdadero riesgo asumido. En una economía global, en la que los capitales financieros circulan a gran velocidad y cambian de manos con frecuencia y que ofrece productos financieros altamente sofisticados y automatizados, no todos los inversores conocen la naturaleza última de la operación contratada. La crisis hipotecaria de 2007 se desató cuando los inversores percibieron señales de alarma, la elevación progresiva de los tipos de interés por parte de la Reserva Federal, y que el incremento de las cuotas aumentaron la morosidad y las ejecuciones a decenas de miles. Como las entidades bancarias y los grandes fondos de inversión tenían comprometidos sus activos provocó una contracción del crédito o **credit crunch** y una enorme volatilidad de los valores bursátiles, generándose una espiral de desconfianza y pánico inversionista, y una repentina caída de las bolsas de valores de todo el mundo, por la falta de liquidez. El estallido de una enorme burbuja produjo una huida de capitales de inversión tanto institucionales como familiares en dirección a los bienes inmuebles. La compra-venta de vivienda con fines especulativos por los estadounidenses estuvo acompañada de un elevado apalancamiento, porque las casas eran compradas con otras hipotecas puente. El proceso de inflación que vivía Estados Unidos comenzó a subir los tipos de interés, y en el 2006 pasó del 1% al 5,25%. El crecimiento del precio de la vivienda. El total de ejecuciones hipotecarias del año 2006 ascendió a 1.200.000, lo que llevó a la quiebra a medio centenar de entidades hipotecarias. La crisis inmobiliaria ya se había trasladado a la Bolsa: el índice bursátil de la construcción estadounidense (**U.S. Home Construction Index**) cayó un 40%, convirtiéndose en una crisis internacional de gran envergadura, calificada por algunos como la peor desde la segunda guerra mundial.

A partir de febrero de 2007 las principales entidades financieras vinculadas con el peligro de las hipotecas **subprime** entran en quiebra. Los principales inversores como **Lehman Brothers Holdings Inc.** comienzan a huir negándose a dar más dinero a las principales entidades hipotecarias, las cuales comienzan a acusar falta de liquidez en contratos hipotecarios previamente comprometidos. **Freddie Mac** anuncia nuevas reglas para comprar créditos **subprime** en el mercado secundario. En marzo de 2007 la Bolsa de Nueva York retira de sus índices a la hipotecaria **New Century** por insolvencia y presunto delito contable. En abril el FMI en un informe publicado ese mes, calcula que “en enero de 2007 existían en Estados Unidos 4,2 billones de euros en bonos ligados a las hipotecas de alto riesgo, de los cuales 624.000 millones de euros pertenecían a mediados de 2006 a inversores no estadounidenses”. En junio se conoce que varios fondos flexibles, **hedge fund**, de una importante gestora de fondos, **Bear Stearns**, entran en quiebra. En julio, según la Reserva Federal, las pérdidas de dichas hipotecas estaban entre los 50.000 y los 100.000 millones de dólares. Durante agosto de 2007 tuvo lugar la transmisión del problema a los mercados financieros. A principios de agosto **Blackstone** anuncia su quiebra el 2 de agosto y la **American Home Mortgage**, el décimo banco hipotecario de los Estados Unidos, anuncia el despido de todo su personal el día 4 y la quiebra el día 6. Para entonces ya se sabe que la crisis financiera ha llegado a Europa de mano del banco alemán IKB, expuesto a inversiones en hipotecas **subprime**, que ha sido rescatado por una entidad finan-

ciera pública para evitar la bancarrota. Ese mismo día el **National City Home Equity** se declara en quiebra.

El 9 y el 10 de agosto la crisis se traslada a todas las bolsas del mundo. Los bancos centrales de la zona del euro y de EEUU responden con inyecciones masivas de liquidez, para calmar las tensiones del mercado interbancario derivadas de la crisis. El principal banco alemán, **Deutsche Bank**, sufre también pérdidas sustanciales en uno de sus fondos vinculados a la financiación inmobiliaria.

El 10 de agosto el Presidente de los Estados Unidos, **George W. Bush** pide calma ante la escalada de la crisis y asegura que hay liquidez en el mercado. Todas las bolsas del mundo registran importantes pérdidas de capitalización al terminar la semana. Ante lo que interpretan como una falta de liquidez del sistema, los principales bancos centrales inician una serie de inyecciones en concepto de ajuste fino, o **fine tuning**, de varios cientos de millones de euros en diferentes divisas. Las inyecciones de liquidez, coordinadas entre la FED, el Banco Central Europeo, el Banco Central de Canadá y el Banco Central de Japón continúan el 13, 14 y 15. El lunes 13 de agosto las bolsas se mantienen con ligeras ganancias, para volver a caer ligeramente el 14 de agosto, especialmente por las cotizaciones bancarias. El día 15 de agosto las mayorías de las bolsas continúan su caída pese a las nuevas llamadas a la calma del día anterior, esta vez de **Jean-Claude Trichet**. El 17 de agosto a pesar de repetidas inyecciones diarias de diferentes divisas el mercado de valores no mejora. Tras una contundente caída de la bolsa japonesa, y cuando las bolsas europeas se tambaleaban nuevamente, la FED recorta en 0,5 puntos el tipo de interés interbancario, pero manteniendo el tipo federal, lo que provoca la remontada de todas las plazas europeas y norteamericanas.

El presidente de la Reserva Federal afirma que “las condiciones de los mercados financieros se han deteriorado”, lo que se evidencia en el hecho de que la hipotecaria **Country wide** deba acudir a financiación de emergencia por valor de 11.500 millones de dólares, todo ello en un clima de preocupación ante su posible situación financiera al tiempo que se conocen las millonarias pérdidas de un fondo de pensiones británico, por valor de 27.000 millones de libras.

El 20 de agosto, tras la rebaja de tipos primarios de la FED las bolsas comienzan a recuperarse, y en el caso de las asiáticas de manera espectacular, si bien algunos analistas lo consideran un compás de espera. El 22 de agosto, así como el 23 continúan las inyecciones de liquidez de distintos bancos centrales, que no se habían dejado de producir en todos los días anteriores. El 23 se conoce que al menos 13 fondos españoles se encuentran afectados por la crisis, mientras continúa la incertidumbre sobre la estabilidad financiera internacional. El día 23 se hace pública la quiebra de una de las entidades hipotecarias más importantes de Estados Unidos, la **First Magnus Financial**: en total, ya son 90 entidades las afectadas por la crisis en ese país. Por su parte, el FMI destaca que la crisis financiera dañará el crecimiento mundial. El 24 de agosto continúa la inquietud por la marcha de la crisis. Los bancos centrales siguen inyectando liquidez en el mercado, y ese mismo día se conocen los primeros datos de la exposición a hipotecas **subprime** en China: sus dos bancos principales **Commercial Bank of China** (ICBC) y **Bank of China** tienen 8.000 millones de euros en inversión hipotecaria **subprime**. Si bien las bolsas se mantuvieron relativamente estables durante la última semana de agosto, el 5 de septiembre los datos económicos estadounidenses provocan un nuevo desplome mundial bursátil.

El sistema bancario sigue dando síntomas de deterioro. El 1 de octubre de 2007 el banco suizo UBS anuncia pérdidas por valor de 482 millones de euros por causa de la tormenta hipotecaria, y el Citigroup, el mayor grupo financiero del mundo, anuncia una reducción trimestral del 60% en sus beneficios tras declarar unas pérdidas de 6.000 millones de dólares. El 5 de octubre la mayor correduría del mundo, Merrill Lynch, anuncia pérdidas por valor de 4.500 millones de dólares. Los días posteriores hubo una fuerte elevación bursátil, al mismo tiempo que una de las mayores inyecciones del BCE desde el mes anterior. En el mes de diciembre la crisis de liquidez y la desconfianza interbancaria hacen tomar medidas a los principales bancos centrales de manera coordinada, con objeto de respaldar el dólar estadounidense.

El Presidente de los Estados Unidos, **George W. Bush** inicia el plan de rescate financiero de los Estados Unidos para el 2008. Pero los efectos de la crisis financiera se contagian a la economía real, entrando Estados Unidos en una posible recesión económica, con una nueva caída de la bolsa. A ello se une la pérdida de beneficios de los principales bancos del mundo. El 21 de enero se produce una histórica caída bursátil, que arrastra a todas las bolsas del orbe salvo la norteamericana, que se encuentra cerrada por ser festivo. Lo mismo ocurre el 17 de marzo, día en que la compra del quinto banco financiero estadounidense Bear Stearns por parte de la financiera **JP Morgan** provoca una caída del 90% en las acciones de aquella entidad.

En abril el FMI cifra en 945.000 millones de dólares las pérdidas acumuladas por la crisis. En 2008 ya se da por hecho que la crisis será mundial, extendiéndose a Latinoamérica y Asia, e implicará, en combinación con una elevada inflación inicial a escala internacional (especialmente en el precio de los alimentos y de la energía) una desaceleración de la economía internacional durante un periodo relativamente largo. No en vano, el primer semestre arroja una caída media de las principales bolsas del mundo: en concreto, la española registra el peor semestre de sus 135 años de la historia de su registro reciente.

En julio de 2008 la FED nacionaliza las dos principales entidades hipotecarias norteamericanas: **Fannie Mae** (Asociación Federal de Hipotecas Nacionales) y **Freddie Mac** (Corporación Federal de Préstamos Hipotecarios para la Vivienda), que ha sido considerada la mayor de la historia, con un costo al erario público de cerca de 200.000 millones de dólares. Se nacionalizó también el banco **Indy Mac** y se rescató la entidad **Bear Stearns**. En la misma línea, la Cámara de representantes decide también destinar 3.900 millones de dólares para ayudar a hipotecados que no pueden pagar sus deudas.

El 15 de septiembre **Lehman Brothers**, el cuarto banco de inversión norteamericano, que gestiona 46.000 millones de dólares en hipotecas, se declara en quiebra, y el **Bank of America** se ve obligado a comprar la entidad **Merrill Lynch** por 31.000 millones de dólares. Más de un año después del comienzo de la crisis sus efectos devastadores sobre la economía financiera se recrudecen, empujando las bolsas a la baja.

El 18 de septiembre el gobierno de Estados Unidos anunció un plan de nacionalización multimillonario, el mayor de la historia, que hizo que las bolsas de todo el mundo se dispararan consiguiendo subidas record.

El 22 de septiembre la Reserva Federal de Estados Unidos aprobó la conversión de los dos últimos bancos de inversión independientes que quedaban, **Goldman Sachs** y **Morgan Stanley**, en bancos comerciales, lo que permite un mayor control y regulación por parte de las autoridades. De esta forma se acababa con un modelo bancario con 80 años de historia. También la FED, junto con **JP Morgan**, ha tenido que rescatar a la mayor caja de ahorros del país, **Washington Mutual**. Es la mayor quiebra bancaria de la historia de los Estados Unidos

En la cuarta semana de septiembre el presidente **George W. Bush** advirtió que Estados Unidos se encontraba al borde del pánico financiero y de una recesión larga y dolorosa. Con el fin de convencer al Congreso realiza un plan de nacionalización de la grave crisis, negociado durante una semana entera con los máximos representantes de la oposición, es presentado urgentemente al Senado de EEUU el 29 de septiembre de 2008 y ese mismo día es rechazado en votación considerado como inaceptable, cayendo por esta causa las bolsas de **Wall Street**, donde el **Dow Jones** perdió un 6,98%, el **S&P500** cayó un 8,37% y el **Nasdaq** se hundió un 9,14%, la mayor caída desde hacía 20 años.

El plan de emergencia diseñado por el secretario del Tesoro, **Henry Paulson**, consistía en que el Tesoro norteamericano, en colaboración con la Reserva Federal pretendía inyectar hasta 700.000 millones de dólares a cargo de los contribuyentes, para la nacionalización de los bancos de activos financieros inmobiliarios contaminados por las hipotecas basura, y poder mantenerlos fuera de sus

cuentas hasta que la economía se recupere, siendo la mayor intervención de la historia económica del país.

Tras una segunda votación es aprobado en el Senado con la novedad respecto a la propuesta rechazada la primera vez de incrementar los límites de los depósitos bancarios garantizados por la **Corporación Federal de Seguro de Depósitos** (FDIC) que pasaron de 100.000 a 250.000 dólares asegurados a los depositantes si un banco quiebra. El día 3 de octubre de 2008 se aprueba en el Congreso para considerar el plan de ayuda como ley.

Por otra parte se ha argumentado en contra de esta medida intervencionista, como peligrosa tanto por sus consecuencias políticas como económicas, que existen otros mecanismo distintos al rescate, que sólo resultaría en una pesada carga para los contribuyentes socializando las pérdidas de actores privados, y que en muchos casos es preferible la quiebra porque sanearía de los activos inservibles. Estas voces sostienen además que el problema no es una falta regulaciones, sino un exceso de malas regulaciones.

Algunos países como España desde el 2008 quedaron en evidencia de la crisis recesiva que los condujo Estados Unidos, como muchos más, mientras es hasta enero del 2010 cuando países que habían proclamado una intervención oportuna del Estado en sus Bancos para salir victoriosos de la crisis, como fue el caso típico de Alemania han reconocido que la recesión vivida en el 2009 fue la mayor desde la postguerra, con una contracción del 5% de su producto interno bruto.

Esta investigación tiene importancia en este momento del avance de estas reflexiones. Sin formular ninguna hipótesis, surge casi espontáneamente una primera pregunta irreverente que se podría formular, porque la respuesta ya es conocida. Consistiría en llamar la atención de cuál sería el papel a cumplir por el Derecho Privado o cualquier Código civil dentro del panorama económico descrito de una crisis económica de inflación y recesión global provocada por el mismo capitalismo norteamericano con sus mecanismos financieros, de bolsa, transferencia de capitales, con impacto en la banca mundial y muchos otros países y sus propias economías fuertes y resistentes?

El primer problema para el jurista del Derecho privado consiste en comprender cómo es posible admitir la máxima económica según la cual en el mercado su funcionamiento opera sin ningún tipo de normas jurídicas. Sobre todo porque en el mercado se supone que las relaciones en juego son las de intercambio, con titulares cambiantes permanentemente, acuerdos en la oscilación del pago de precios, acuerdos entre adquirentes y vendedores. Aún cuando se pueda comprender la diferencia entre las reglas económicas y las jurídicas, y la tesis de los juristas del **common law** según las cuales al mercado antes de que pudiera llegar el legislador ya se habían autorregulado en una especie de ordenamiento financiero propio y autónomo.

En todo caso, pese a estas explicaciones, no parecen ser ciertas las máximas si se tiene en cuenta los mismos problemas financieros de los mercados, las quiebras, y sobre todo las graves consecuencias económicas que causan los mercados financieros (con los provenientes de la crisis norteamericana del 2008) donde requieren de la intervención del Estado, del legislador, para encontrar financiamiento, para el **salvamento** de bancos, de empresas, de financieras, aseguradoras, dentro de las cuales incluso han querido introducirse la industria automovilística, rompiendo con todos los principios ideológicos liberales y neoliberales. Esta exigencia de la intervención del legislador, de la intervención del Derecho, de la intervención del Estado, constituye una prueba irrefutable de que el mercado no puede sobrevivir a espaldas del ordenamiento jurídico, sobre todo cuanto en él se pretenden romper todas las reglas jurídicas, e incluso la ética comercial.

“Il diritto non riguarda solo i rapporti economici, e non ha solo contenuti patrimoniali. Ma nella maggior parte dei casi le regole giuridiche hanno ad oggetto rapporti a contenuto patrimoniale e situazioni create dagli scambi di mercato. Che rapporto si istituisce tra regole giuridiche e regole economiche? Può esistere un mercato spontaneo senza diritto?”

Uno degli esempi che qualche autore offre per dimostrare che può esistere un mercato anteriormente all'intervento del legislatore, e quindi che esistano regole economiche che anticipano l'intervento –ove necessario– delle regole giuridiche, riguarda i grey markets «indicati dagli stessi giuristi anglosassoni come il luogo dove c'è il mercato ma non c'è ancora il diritto»; una sorta di autoregolamentazione dei mercati finanziari che dà luogo ad un ordinamento, scevro da interventi legislativi.

Mi sembra difficile poter sostenere che il mercato, indipendentemente dalla circostanza che possa essere considerato *locus naturalis*, piuttosto che *locus artificialis*, possa sussistere senza regole giuridiche. Per poter rendere certi e immodificabili gli scambi, è necessario che essi siano fondati su regole giuridiche. Ciò che può variare è il come regolare il mercato, e da parte di chi introdurre le regole.

Di qui, per chi crede nel mercato come entità autonoma, squisitamente economica, la registrazione del suo fallimento: in ogni Paese dell'Unione, e l'Unione stessa con le sue regole, ha preso atto di questo suo fallimento ed ha ritenuto di intervenire in via legislativa, perchè gli operatori, lasciati a se stessi, possono alterare le condizioni ottimali per un mercato efficiente. È necessaria una regolazione del mercato”.

ALPA, Guido, **Manuale di Diritto Privato**, Milán, Cedom, 5° ed., 2007, p. 12.

El punto del repudio de la burguesía a la intervención del Derecho en el mercado se origina en que la monarquía pretendía la existencia de normas protectoras que marcaran las diferencias de ellos en relación con los demás. La inversión de tal supuesto fue la igualdad en el mercado, sin intervención del Estado ni el Derecho, para que en función de la competencia, basada en la libertad de decisión de quienes participan en el mercado, en un contexto de reglas claras para todos y de cumplimiento efectivo, opere la libre competencia, de tal suerte que exista libertad de elección tanto para el consumidor como para el productor. La libertad de competencia, en este sentido, necesariamente debe generar ventajas competitivas para las empresas en cuanto a la reducción de costos y a la superioridad técnica. Ello a la postre va a significar un aumento de las empresas para producir, incremento de la calidad del producto llevado al mercado, disminución de los precios, ofrecer mejor calidad de productos a los consumidores concurrentes al mercado.

Pero a esta igualdad pensada por la burguesía emergente se sucedieron cada vez mayores desigualdades derivadas del mercado. Desde luego no eran desigualdades jurídicas. Eran desigualdades económicas. No desigualdades formales sino sustanciales. Por tal razón es necesaria la búsqueda de un nuevo equilibrio. Se trata de un equilibrio para la encontrar una igualdad sustancial.

“La nuova classe al potere si fece portatrice di un ideale profondo dell'umanità, quale è quello dell'uguaglianza fra gli uomini, come tale destinato a restare una irrinunciabile conquista di civiltà. Con l'ideale universale coesisteva però una motivazione economica, la cui identificazione è necessaria per comprendere il senso della codificazione. L'antica classe al potere, l'aristocrazia, aveva dominato in forza del privilegio: essa aveva nutrito la convinzione (elevata al rango di filosofia economica, nel Seicento, dalle dottrine del mercantilismo) che un qualsiasi vantaggio, anche economico, si potesse conseguire solo in virtù di una norma giuridica che riconoscesse ad alcuni maggiori diritti che ad altri e, perciò, sancisse formalmente le disuguaglianze fra gli uomini. La nuova classe, la borghesia, era animata da opposta fiducia nei principi del liberalismo economico: era convinta che la propria prosperità derivasse dal libero gioco delle forze del mercato. Per essa imporre una legge uguale per tutti significava, in primo luogo, sopprimere i privilegi di classe, dei quali aveva goduto la nobiltà; ma significava, al tempo stesso, creare la condizione necessaria per instaurare una economia di mercato. L'uguaglianza giuridica fra gli uomini appariva, da questo punto di vista, come la condizione necessaria perchè tra essi si potessero costituire rapporti economici di mercato. Da questi sarebbero nate poi nuove disuguaglianze, non più giuridiche, ma economiche, non più formali, ma

sostanziali. Nascerà, come vedremo più oltre, l'esigenza di un nuovo principio di uguaglianza: quello dell'uguaglianza non solo formale, ma anche sostanziale”.

GALGANO, Francesco, **Diritto Privato**. Milán, Cedam, 14^o ed., 2008, p. 42.

Con el mercado financiero parece cada vez más evidente la necesidad del auxilio del Derecho, y de una posición más activa de éste como modo de evitar el colapso del mismo mercado, pues la falta de reglas (o solo las económicas de mercado) no parece una solución sostenible a largo plazo en el sistema capitalista. Se conocen las reglas, muy estrictas por cierto, de quienes intervienen en el mercado y rompen los secretos propios de **libertad económica de iniciativa privada** y también los del **principio de la libre competencia** en provecho propio o de sus clientes, o en contra del mercado mismo. En los mismos términos es muy probable el surgimiento de un nuevo Derecho llamado también a brindar una normativa más acabada a todo este complejo sistema que los liberales y los neoliberales, seguidores de los burgueses, pretendieron mantener ausente de normas.

En cuanto a los fenómenos de la inflación y de la recesión, los mismos Bancos Centrales de los países intervienen en forma activa, en defensa de los intereses nacionales, sin dejar en manos del mercado esas variables, pues la soberanía económica de los pueblos jamás se pueden dejar, ni se han dejado, sin la debida intervención directa del Estado, como forma de proteger los intereses nacionales, sus economías, en última instancia la situación económica de los privados y de la misma Sociedad Civil.

6. ¿Qué papel puede jugar el Derecho privado en el mundo del nuevo totalitarismo de la globalización económica? No será fácil que la globalización continúe en la destrucción de la democracia, la negación de los derechos humanos, el impulso a la desregulación de materias del Derecho privado, desarticulando el Estado democrático de Derecho. La oportunidad del Derecho para replantearse como disciplina, como ciencia, como recodificación en la lucha contra la globalización económica deshumanizada.

Un nuevo totalitarismo recorre el mundo contemporáneo. No tiene partido, ni constituye una organización democrática de personas actuando a la luz pública. Pretende la destrucción de la Democracia, los Estados, los derechos humanos, el Derecho en general, muy particularmente el Derecho privado. Nació del neoliberalismo a finales del Siglo XX, se acrecentó en el **common law**, como el proceso de la globalización, y constituye el máximo peligro para el sistema jurídico del **civil law**.

La tesis generalizada de los juristas del **civil law**, incluso de los más optimistas respecto del papel del Derecho en el mundo de la economía, es que la globalización ha impedido por todos los medios la intervención del jurista y de lo jurídico en este proceso. Con lo que se ha profundizado en este proceso queda claro que el papel del Derecho, si el tratamiento es científico y honesto las conclusiones han sido derrotistas, tristes, y vergonzosas.

Uno de los más grandes historiadores italianos, el florentino **Paolo Grossi**, desde sus cursos más elementales se refiere al impacto de la globalización del **common law** en el sistema jurídico del **civil law**, como consecuencia de la crisis en las escogencias más profundas, a causa de una ósmosis siempre más creciente de este último sistema en el primero.

“Gli arginamenti non possono e non debbono essere eccessivi, perché sarebbero fuorvianti: il sistema giuridico di **civil law** va soffrendo una grossa crisi nelle sue scelte più fonde, a causa di una osmosi sempre crescente con l'area di **common law** e a causa della sottile erosione di vecchie certezze sotto la spinta del fenómeno sgretolante della globalizzazione giuridica”.

GROSSI, Paolo, **Prima lezione di Diritto**, Roma, Laterza, 2003, p. 77.

Los juristas que sostienen las tesis de la desregulación, de la renuncia a la normativa existente, de ser facilitador de un sistema económico y comercial global impulsor de un sistema mundial único

sin reglas, su papel cumplido en nombre del Derecho es absolutamente desleal con la Ciencia del Derecho y doblemente vergonzante.

La idea global de la economía es antagónica con el mundo de las libertades del Ser Humano. Cualquier definición o idea conceptual sobre la globalización económica en nada se refiere ni a la historia ni a los valores ni a los principios sobre los cuales se ha construido la Humanidad. El Ser Humano en general es ignorado y no tiene ninguna importancia. Solo es visto como el consumidor en tanto sujeto consumista en el mundo del consumo y motor de la economía productivista. Para la cual el neoliberalismo primero, y la globalización después, despliegan toda una estrategia con los países para obligarlos por medio de la Organización Mundial del Comercio a abrir las fronteras para que pongan a su disposición sus consumidores, como destinatarios en los mercados de las grandes empresas transnacionales.

El papel de un Código civil (precapitalista, lejos de ser preindustrial o industrial), dentro de este proceso global de las grandes potencias económicas y sus empresas, será mejor analizarlo después de aquilatar la verdadera magnitud de la globalización en el mundo actual, con algunas de sus características más salientes, identificando la forma cómo nace el fenómeno, la participación de las grandes empresas transnacionales, y en fin algunos de sus perfiles definidores para responder al cuestionamiento formulado.

La globalización constituye un proceso pluri facético denominado por sus creadores de muchísimas formas, según el momento y la coyuntura: factores que impulsan el desarrollo, apertura de mercados nacionales, principio del libre comercio, fusión de empresas multinacionales, privatización de empresas públicas, desregulación laboral, apertura financiera internacional a favor del libre comercio por medio de los tratados de libre comercio, beneficios potenciales de mayor eficiencia del mercado que aumenta su competencia disminuyendo el poder monopolista, mejoras en la comunicación y cooperación internacional que puede llevar a un mejor aprovechamiento de los recursos, impulso al desarrollo científico tecnológico lucrativo, mayor capacidad de maniobra frente a las fluctuaciones de las economías nacionales, eliminación de las barreras de entrada del mercado laboral, financiero y de bienes y servicios, eliminación de riesgos para evitar las responsabilidades de las empresas multinacionales, aumento de equilibrios económicos, sociales y territoriales, descuido sobre los índices de desarrollo humano con aumento de la pobreza, pérdida de factores que no se adaptan a la competencia.

La globalización es un proceso económico, dinámico, tecnológico, social y cultural a gran escala, de las sociedades capitalistas liberales, con apertura de puertas a la revolución informática, plegado a nivel considerable de liberalización y democratización liberal en su cultura política, en su ordenamiento jurídico y económico nacional, y en sus relaciones internacionales que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unificado en sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global.

Nacido en la Civilización Occidental, expandido alrededor del mundo en las últimas décadas del Siglo XX, políticamente recibe su mayor impulso cuando termina la guerra fría, desaparece la Unión Soviética el 25 de diciembre de 1991, y el bloque comunista, simbolizada por la caída del muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989.

Económicamente se caracteriza por la integración de las economías locales, previo algunas veces en economías regionales, a una economía de mercado mundial donde los modos de producción y los movimientos de capital se configuran a escala planetaria (Nueva Economía) cobrando mayor importancia el rol de las empresas multinacionales y la libre circulación de capitales junto con la implantación definitiva de la sociedad de consumo.

El ordenamiento jurídico de la globalización debe uniformar y simplificar procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales con el fin de mejorar las condiciones de competitividad y

seguridad jurídica, además plantea universalizar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de la ciudadanía.

En la cultura se caracteriza por un proceso que interrelaciona las sociedades y culturas locales en una cultura global (Aldea global), al respecto existe divergencia de criterios sobre si se trata de un fenómeno de asimilación occidental o de fusión multicultural.

En lo tecnológico la globalización depende de los avances en la conectividad humana (transporte y telecomunicaciones) facilitando la libre circulación de personas y la masificación de las TICs (tecnologías de la información y la comunicación) y el Internet.

Ideológicamente los credos y valores colectivistas y tradicionalistas causan desinterés generalizado y van perdiendo terreno ante el individualismo y el cosmopolitismo de la sociedad abierta. Mientras tanto en la política los gobiernos van perdiendo atribuciones ante lo que se ha denominado sociedad red, el activismo gira cada vez más en torno a las redes sociales, se ha extendido la transición a la democracia contra los regímenes despóticos, y en políticas públicas destacan los esfuerzos para la transición al capitalismo en algunas de las antiguas economías dirigidas y en economías subdesarrolladas de algunos países aunque con distintos grados de éxito.

Geopolíticamente el mundo se debate entre la unipolaridad de la superpotencia estadounidense y el surgimiento de nuevas potencias regionales, y en relaciones internacionales el multilateralismo y el poder blando se vuelven los mecanismos más aceptados por la comunidad internacional.

La valoración positiva o negativa de este fenómeno, o la inclusión de definiciones o características adicionales para resaltar la inclusión de algún juicio de valor, pueden variar según la ideología del interlocutor. Esto porque el fenómeno globalizador ha despertado gran entusiasmo en algunos sectores, mientras en otros ha despertado un profundo rechazo (de antiglobalización), existiendo posturas eclécticas y moderadas.

Pese a que la mayoría sostiene que la globalización comienza cuando termina la guerra fría, desaparece la Unión Soviética el 25 de diciembre de 1991, y el bloque comunista, simbolizada por la caída del muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989, algunos tienen opiniones contrastantes.

En cuanto al Estado de Derecho el proceso de globalización pone al Estado Democrático de Derecho, que denomina despectivamente de proteccionismo o de bienestar, como venganza del capitalismo contra la tesis de entreguerras, cuando en las naciones capitalistas se difunde la noción que el Estado tiene una doble función fundamental en el buen funcionamiento de la economía: uno, asegurar la prosperidad de la población y otro, evitar los ciclos de crecimiento y recesión.

Se crean así las bases para la aparición del **keynesianismo** y el Trato Nuevo. En las siguientes décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial se vio la emergencia a la preeminencia de las “corporaciones” o empresas multinacionales, que desplazan la importancia de las empresas del capitalismo clásico que tanto **Adam Smith** como **Karl Marx** conocieron cuando formularon sus teorías. Se vio en Alemania un precedente del éxito de la liberalización que tomarían otros países: el resurgimiento de su nación en el denominado Milagro alemán.

Sin embargo, una nueva crisis que se inició a mediados de la década de los años 60, agudizada por la crisis del petróleo de 1973 provocó una reorganización radical de la economía, fundada en la intensa promoción de la tecnología de la información y la comunicación (TIC), la reforma de las políticas de desarrollo y tentativas de dismantelar del Estado de Bienestar, que llegó a ser visto como –en las palabras de **Margaret Thatcher** –un “estado niñera”, sofocador de las libertades y limitante de la capacidad de escoger de los individuos. Ya desde la década de los años ’70 y ’80 del siglo XX varios analistas y políticos consideraron conveniente efectuar una fuerte crítica, sea desde un punto de vista pragmático o desde un punto de vista liberal a formas socio-político y económicas anteriores, que ellos consideraban despectivamente estatizantes y en consecuencia limitantes de las libertades

individuales y del desarrollo económico y social, proponiendo nuevas formas a fin de crear un terreno favorable para la revitalización de las economías.

En el gobierno neoliberales, o de extrema derecha, del dictador **Augusto Pinochet** en Chile (en lo que se llamó “experimento” o “Milagro de Chile”), seguido por el de **Margareth Thatcher** (1979-1990) en Gran Bretaña y el de **Ronald Reagan** (1981-1989) en Estados Unidos impulsaron las políticas económicas de personajes tales como **Friedrich Hayek** y **Milton Friedman** respectivamente, para generar nuevas interrelaciones entre los factores económicos y mercados de todo el mundo (consumidores, trabajo, recursos naturales, inversiones financieras, etc.), aún cuando todos esos gobiernos fueron, en otras áreas, fuertemente intervencionistas.

A partir de entonces otros gobiernos deberían aplicar medidas combinando algún nivel de liberalismo económico junto con la tecnocracia estatal, muchas veces para poder contentar con algún grado de intervencionismo a sectores sociales y grupos de presión que rechazan el desmantelamiento del Estado de Bienestar. Todo este fenómeno en políticas públicas sería conocido, especialmente por sus críticos provenientes del socialismo post-Guerra Fría, bajo el confuso término de **neoliberalismo**.

Durante este periodo destaca el rol de los organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Fondo Mundial Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) que en las últimas décadas han sido retratados como impulsores de la globalización. Empero, la globalización siendo un proceso civil y de mercado más bien tiende a ser vista como un orden espontáneo independiente de los organismos políticos, siendo discutido si las acciones de los organismos supra estatales dificultan en vez de facilitar la globalización. Una organización privada que anualmente se reúne para dar su respaldo al proceso globalizador es el **Foro Económico Mundial**.

La globalización desafía las leyes de los países en su forma de regular el funcionamiento de empresas y el comportamiento económico de los individuos a nivel internacional. Si bien pueden dar trabajo a la mano de obra desocupada o ser los contratados, también pueden beneficiarse de irregularidades y debilidades subsistentes en un determinado país. Es fácil para estas empresas simplemente trasladar sus centros de producción a lugares donde consigan el máximo de facilidades. La globalización desafía el orden jurídico de los países en vías de desarrollo porque acusan cualquier intervención estatal para denotar la crisis del proteccionismo y al a los intereses de esas empresas (en la medida que tales planes implican regulaciones y demandan impuestos y otros recursos), además aseveran que la idea misma del desarrollo social como meta y objetivo gubernamental o estatal precluye la libertad individual y distorsiona tanto la sociedad como el mercado.

Se puede observar, como ejemplo, que los altos costes de producción en los países desarrollados, que confluyendo con una apertura de los países del Este Oriental, especialmente China e India, a los mercados de capitales y su inclusión como miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), resultó en el traslado masivo de la producción industrial desde Europa y Estados Unidos a esos otros países que ofrecían condiciones más favorables al incremento de las ganancias de esas empresas internacionales.

La apertura generalizada de los mercados de bienes y capitales que sugiere el fin de los bloques comerciales, tratados regionales, e independencia económica de los países al mismo tiempo facilita la capacidad de resolver necesidades económicas que actores locales han sido incapaces de satisfacer.

La creciente privatización de los sectores económicos, junto al auge de la empresa multinacional y el decaimiento de empresas y estado nacionales, es considerado como un aumento de la competencia (economía) que por un lado incrementa la cantidad y calidad de los productos pero por el otro consideran una amenaza las condiciones de trabajo (incluyendo la fijación de salarios mínimos) y las normas referidas a la protección a la explotación del medio ambiente

El acceso no regulado de los países a los mercados internacionales, lo que por un lado facilita la venta de sus productos y la adquisición de tecnologías y mercancías, promueve empleos pero esta po-

lítica de desregulación laboral desprotege a los de menor ingreso económico y los lleva al abandono de intentos organizados de promover el progreso y la justicia social.

La generalización de la democracia y el estado de derecho como formas de gobierno predominantes a nivel mundial versus el resurgimiento de áreas y periodos de profunda inestabilidad política debido, por un lado, a la pérdida de poder por parte de los gobiernos (produciendo los llamados estados fallados) y, por el otro, al rechazo a lo que se ve como concepciones occidentales de hacer política, se funda en la concepción del Estado liberal de Derecho.

La disminución paulatina en los controles migratorios, que puede llevar a la pérdida de los sectores más innovadores y la invasión de élites empresariales internacionales en países pobres, es otro problema complejo no resuelto.

En noviembre de 1989 el economista estadounidense John Williamson incluyó en un documento de trabajo una lista de varias políticas que consideraba más o menos aceptadas por los grupos económicos con sede en Washington y lo tituló el Consenso de Washington. Para algunas personas representan los puntos claves de la globalización, sin embargo esos consensos y la globalización no son lo mismo.

La creación en 1995 de la Organización Mundial de Comercio (OMC) es uno de los momentos decisivos de la globalización. Por estar integrada por la mayoría de los países de la población mundial: propiedad intelectual, regulación de empresas y capitales, subsidios, tratados de libre comercio y de integración económica, régimen de servicios comerciales (especialmente educación y salud), etc.

Las crisis económicas: tequila, dragón, vodka, samba, tango: La velocidad y libertad alcanzada por los capitales para entrar y salir de países y empresas está asociada a una serie de crisis económicas locales de impacto global. La primera de la serie se produjo en México en 1994/1995 y su impacto global se conoció como efecto Tequila. Con posterioridad se produjeron la crisis asiática en 1995/1997 (efecto Dragón), la crisis rusa en 1998 (efecto Vodka), la crisis brasileña en 1998/1999 (efecto Samba) y la crisis argentina en 2001/2002 (efecto Tango). Las reiteradas crisis económicas han generado una amplia discusión sobre el papel desempeñado por el Fondo Monetario Internacional.

La detención de Pinochet y creación de la Corte Penal Internacional: En octubre de 1998 el ex-dictador de Chile, Augusto Pinochet, fue detenido en Londres acusado en España por tortura y terrorismo. El 24 de marzo de 1999 el Tribunal de los Lores del Reino Unido resolvió que Pinochet podía ser extraditado, aunque finalmente la extradición no fue completada debido a la supuesta demencia del comandante. El hecho es destacado como un punto de inflexión en la globalización de los derechos humanos.

Simultáneamente en 1998 se firmó el Estatuto de Roma creando la **Corte Penal Internacional**, que entró en vigor el 1 de julio de 2002 luego de alcanzar la cantidad de ratificaciones necesarias. En 2003 la Corte penal Internacional quedó constituida. El principal problema para el funcionamiento de la misma es la posición de los Estados Unidos, opuesto a su jurisdicción.

El ingreso de China en la OMC: En 2001 (Ronda de Doha) y después de 15 años de duras negociaciones, China ingresó en la OMC. De este modo el país más poblado del mundo (22% de la Humanidad), quinta economía mundial y la de mayor crecimiento en los últimos 30 años, se incorporó plenamente al mercado mundial. Los enormes desplazamientos de capital y trabajo que está causando la economía china, así como las consecuencias para el sistema mundial que tendrá la vinculación de una gigantesca y pujante economía de “mercado socialista” con el sistema capitalista mundial, son discutidas apasionadamente por los estudiosos de todo el mundo. Existe sin embargo un amplio consenso de que China, y su creciente liderazgo económico en Asia, está impulsando un

proceso histórico que será determinante en el curso del siglo XXI y la orientación de la globalización mundial.

Los atentados del 11 de septiembre de 2001, contra el Centro Mundial de Comercio (World Trade Center) de Nueva York y el Pentágono, transmitidos en vivo y en directo por las cadenas globales de televisión a toda la Humanidad, adquirieron una significación mundial. A partir de ese momento, la lucha contra el terrorismo internacional y la defensa de la seguridad nacional de los Estados Unidos, adquirirá una jerarquía prioritaria en la agenda global, propondrá la necesidad de restringir los derechos humanos para garantizar la seguridad, y reinstalará el valor del Estado.

Los disturbios de Francia de 2005, en noviembre, miles de jóvenes franceses, hijos de inmigrantes provenientes del norte de África, protagonizaron durante dos semanas una revuelta que tuvo su sello en la quema de miles de automóviles en París. En la región de París, más de la mitad de la población menor de 15 años, es originaria de África, lo que ha dado un vuelco a la cultura de la zona en menos de una generación. El acontecimiento sorprendió al mundo y puso sobre el tapete la cuestión de las migraciones internacionales y las desigualdades sociales y territoriales en la globalización.

Es importante anotar que entre los partidarios de la globalización están corrientes con visiones encontradas y radicalmente diferentes en su percepción sobre los beneficios de la globalización, es el caso del liberalismo libertario y el neoconservadurismo en lo político, o la escuela austríaca y el monetarismo/escuela neoclásica en la doctrina económica.

Los liberales libertarios y otros proponentes del **laissez faire laissez passer** capitalista, dicen que altos niveles de libertades políticas y económicas, en la forma de democracia y capitalismo, han sido fines evaluables en sí mismo en el mundo desarrollado y han también producido altos niveles de riqueza material. Ellos ven en la globalización un proceso benéfico de extensión de la libertad y el capitalismo.

Aquellos que apoyan el libre comercio proclaman que el aumento tanto de la prosperidad económica como de oportunidades, especialmente en los países en desarrollo, incrementara las libertades civiles y llevara a una alocución de recursos más eficientes. Las teorías económicas de la ventaja comparativa sugieren que el mercado libre produce tal alocución efectiva de recursos, a mayor beneficio de todos los países que estén envueltos. En general, esto conduce a reducción de precios, más empleos, incremento en la producción y de niveles de vida especialmente para los que viven en países en desarrollo.

Hay también los llamados **globalistas** o **mundialistas**, que proponen una “globalización democrática”. Ellos creen que la primera etapa de la globalización, orientada al mercado o a asuntos económicos, debe ser seguida por una etapa de creación de instituciones políticas globales que representen las visiones o aspiraciones del “ciudadano mundial” Su diferencia con otros “globalistas” es que ellos no definen por adelantado una ideología para orientar esta voluntad, dejándola a la voluntad de esos ciudadanos a través de un proceso democrático

Proponentes de la globalización argumentas que el movimiento anti-globalización es proteccionista y usa evidencia puntual y provocada para apoyar sus visiones, mientras que las fuentes estadísticas proveen apoyo fuerte a la globalización:

Los proponentes de la globalización critican duramente algunas políticas corrientes en países desarrollados. En particular, los subsidios a la agricultura y las tarifas protectoras en esos países. Por ejemplo, casi la mitad del presupuesto de la Unión Europea se emplea en subsidios agrícolas, en su mayoría, a las grandes empresas y granjas industrializadas que constituyen un poderoso lobby. Japón, por su parte, concedió a su sector agrícola 47 mil millones de dólares en el 2005 casi cuatro veces la cantidad que dio en Ayuda oficial al desarrollo. Los **Estados Unidos** dan 3.900 millones de dólares cada año a su sector agrícola algodónero, que incluye 25 mil granjeros, tres veces superior al presupuesto completo de USAID para los 500 millones de habitantes de África. Estas políticas agotan los

recursos de los contribuyentes e incrementa el precio a los consumidores en los países desarrollados, disminuye la competencia y eficiencia, evita las exportaciones de agricultores más eficientes y otros sectores en los países en desarrollo y socaban las industrias en los cuales los países desarrollados tienen ventajas comparativas. Así, las barreras al comercio dificultan el crecimiento económico no solo de las naciones en desarrollo, lo que tiene un efecto negativo en los niveles de vida generales.

La globalización es un fenómeno complejo, no debería ser sorpresa por lo tanto que provoque diferentes reacciones entre diferentes individuos o grupos. Para algunos, amenaza la estructura misma de la **Nación estado** y el **concepto moderno de democracia** mientras que para otros, tales como los partidarios del Islamismo político, busca imponer estructuras políticas no islámicas (es decir, la democracia) sobre países que lo rechazan. Para otros, amenaza la identidad nacional mientras que otros ven esa identidad como una construcción impuesta que busca obliterar diferencias individuales y culturas locales en aras de una unidad artificial. Aun otros ven el proceso como simplemente una continuación o incluso agudización de procesos de explotación, resultado directo del neocolonialismo capitalista, mientras para otros amenaza el fin de esa predominancia. Para algunos, promete una nueva era de riquezas para todos, para otros, es la seducción de un consumismo que arruinará económica y moralmente a la mayoría (similar a la posición de la Iglesia Católica)

Antes de hacer una crítica es necesario considerar un aspecto fundamental. El libre comercio de la globalización no sólo se refiere al libre movimiento de capitales sino que también al libre movimiento de bienes y personas. Por lo tanto los globalistas consideran inaceptable, como se ha visto, las barreras aduaneras y tratos preferenciales que los países desarrollados imponen o practican cuando así les conviene. Las mismas objeciones se aplican a las barreras de todo tipo a la migración y movimiento de los trabajadores: ¿cómo pueden los recursos ser limitados racionalmente o las sociedades derivar el máximo de beneficio del sistema cuando se imponen condiciones que son últimamente irracionales en términos económicos?

La apertura generalizada de los mercados de bienes y capitales que sugiere el fin de los bloques comerciales, tratados regionales e independencia económica de los países pero al mismo tiempo facilita la capacidad de resolver necesidades económicas que actores locales han sido incapaces de satisfacer.

La creciente privatización de los sectores económicos, junto al auge de la empresa multinacional y el decaimiento de empresas y los estados nacionales. El aumento de la competencia (economía) que por un lado incrementa la cantidad y calidad de los productos y por el otro amenaza las condiciones de trabajo (incluyendo salarios) y la sobre explotación del medio ambiente. El acceso no regulado de los países a los mercados internacionales, lo que por un lado facilita la venta de sus productos y la adquisición de tecnologías y mercancías y promueve empleos y por el otro desprotege los de menor calibre económico y lleva al abandono de intentos organizados de promover progreso y justicia social. El intercambio cultural que amenaza una pérdida en la integridad de las culturas o identidades nacionales de los países participantes versus la oportunidad de diversificar y enriquecer las costumbres. El conflicto entre las concepciones de la cultura como Civilización o Alta Cultura contra la extensión de la Cultura de el **Hombre Común** o **cultura popular**. La posibilidad del refloreamiento de culturas regionales o folclóricas y valores individuales contra la homogenización producto de la masificación e internacionalización de los medios. El reforzamiento de una conciencia de **comunidad humana** versus la adquisición acrítica de elementos culturales de **sociedades dominantes**.

La generalización de la democracia y el estado de derecho como formas de gobierno predominantes a nivel mundial adversas al resurgimiento de áreas y periodos de profunda inestabilidad política debido, por un lado, a la pérdida de poder por parte de los gobiernos (produciendo los llamados estados fallidos) y, por el otro, al rechazo a lo que se ve como concepciones occidentales de hacer política. La disminución paulatina en los controles migratorios que puede llevar a la pérdida de los sectores más innovadores (fuga de cerebros) y la invasión de élites empresariales internacionales en países pobres.

Frente a todos estos fenómenos de destrucción del Estado, del ordenamiento jurídico, de cualquier intervención a favor de los privados, la perplejidad es enorme, y las reflexiones sobre el papel del Código civil se queda en el vacío, sin ninguna respuesta, con conclusiones frustrantes y silenciosas, porque resulta inimaginable el poder ilimitado de la economía fría y globalizante no conocida en ninguna etapa histórica de la humanidad.

Aquí solo puede continuar planteándose la tesis de continuar construyendo una Sociedad Civil humanista, solidaria, tomando como centro de toda reflexión al Ser Humano, confiando en el regreso del péndulo histórico para salir de estas etapas negras y vergonzosas de la humanidad donde la negación de la construcción de la Cultura y de la Ciencia Jurídica es la regla y la religión, en un mercado sin alma, sin corazón, donde la riqueza de unos pocos es el fin último y el valor supremo.

Las críticas al proceso de globalización, desde el punto de vista histórico, político, ideológico y jurídico, pueden sintetizarse de la siguiente manera.

I. La democracia no puede ser pisoteada por la globalización.

Los criterios de eficiencia financiera imponen una lógica utilitarista y una ideología de mercado que prevalece sobre los principios normativos de carácter social y cultural, conquistados en las democracias modernas.

Los mismos proponentes de la globalización no discuten como la democracia y el capitalismo fueron las fuentes de la prosperidad económica de los países desarrollados. A pesar del argumento que la democracia por sí misma no promueve el crecimiento económico cabe considerar el origen de los actuales niveles de desarrollo económico y bienestar social tienen íntimas relaciones políticas referidas a la expansión y profundización de la democracia. El Estado democrático de Derecho también en la emergencia de la prosperidad se hizo presente y logró impulsar en forma considerable los niveles de desarrollo económico y bienestar social. En tal sentido es innegable que la presencia de ambos, en una retroalimentación continua, tiene resultados positivos.

Histórica y políticamente uno de los errores más graves cometidos por la globalización consiste en pisotear la democracia, porque los efectos de **boomeram** seguramente le harán daño profundo a este proceso incipiente y sin Cultura.

II. Los derechos humanos no pueden limitarse a los derechos humanos liberales, clásicos o civiles de libertad, desconociendo los derechos humanos económicos, sociales o culturales de libertad y los de solidaridad.

Esta nueva forma de dominación universal instrumentaliza a su favor el principio jurídico de la igualdad meramente formal, constituida sólo por los derechos de carácter individual, como fundamento de su propia legitimidad. Pero hasta ahí llega la dimensión. Todos los demás derechos humanos son rechazados porque la globalización económica considera que atentan contra la libertad y la ideología neoliberal del mercado.

El proceso de globalización económica no tiene un efecto neutral. Es falso. Repercute negativamente sobre los niveles de protección de los derechos humanos económicos, sociales, y culturales de libertad (de la segunda generación) y los derechos humanos de solidaridad (de la tercera generación), impulsando un retroceso político, ideológico, jurídico e histórico de grandes magnitudes. Niega grandes conquistas de la Humanidad y de la Conciencia internacional del concierto de las Naciones, y en el plano individual perjudicando los estratos económicos, sociales y culturales más desprotegidos.

Los mecanismos de flexibilidad productiva impuestos por la globalización económica están produciendo un descenso creciente en las remuneraciones económicas y en las garantías sociales de los trabajadores, así como un importante número de destrucciones de puestos de trabajo en los países denominados centrales, lo cual a su vez dificulta el desarrollo del diálogo social. Así, la ideología neoliberal impulsada por el mercado global va transmitiendo la idea de que es mejor que muchos in-

dividuos trabajen en peores condiciones laborales a que existan trabajadores protegidos socialmente. Esto provoca la obligación de muchos países a modificar su legislación laboral, haciéndolas cada vez menos proteccionistas hasta el punto de competir entre ellos, para conseguir el mejor tipo de inversión extranjera en sus territorios.

Estas situaciones y otras similares están generando nuevas formas, directas o indirectas, de violación de los derechos humanos en el mundo, provocadas por la desigualdad de los intercambios capitalistas globales. La lógica utilitarista y acumulación del capitalismo global produce mayores niveles de empobrecimiento de las personas y de los países.

III. La globalización no puede destruir los Estados, mucho menos el Estado democrático de Derecho.

La globalización se atreve a menospreciar e infringir los derechos humanos porque ha debilitado a los Estados nacionales encargados de garantizarlos. Porque los Estados están limitados en su capacidad de actuación, sobre todo los periféricos y semiperiféricos al poder central. Los Estados nacionales han ido perdiendo capacidad de decisión política y económica. El proceso de globalización les impone una desterritorialización y una descentralización del proceso decisorio estatal; ahora son los mercados financieros los que toman las decisiones y los gobiernos estatales los que gestionan y ejecutan tales decisiones, como consecuencia de la transnacionalización.

La descentralización provocada en los Estados lleva aparejada la crisis de la gobernabilidad, porque como consecuencia de este gobierno global los gobiernos estatales ya no gobiernan, solo gestionan. Esto se manifiesta en la incapacidad de las viejas estructuras para dar respuesta satisfactoria a los problemas del proceso de globalización, así como su incapacidad para defender a sus nacionales frente a las desventajas de la globalización económica. La crisis de la gobernabilidad va unida a la crisis de representatividad cada día más evidente de los partidos políticos, de los sectores económicos y sociales representativos, los sindicatos, las organizaciones estatales, la representación popular, igualmente retrasados en la burocracia estatal y su corrupción.

La globalización ha llegado a tal abuso en relación con el Estado que sus consecuencias negativas solo las pueden seguir gestionando los mismos Estados nacionales sometidos al proceso, con las limitaciones impuestas por los indicadores macroeconómicos de los mercados financieros y con los condicionamientos fácticos de un predominio casi absoluto del capital global. Si el Estado ahora se presenta como el más débil dentro del escenario, resulta hasta ridículo pensar que sea a él a quien le sea confiada la tarea de exigir un mejor trato en el ámbito económico y social para su propio país, para sus ciudadanos o sus empresas.

IV. Los procesos de desregulación jurídica.

La desregulación jurídica ha sido un instrumento de interés del liberalismo económico. Consiste en derogar todo tipo de relación contractual establecida por la ley, donde se garanticen equitativamente derechos y obligaciones recíprocas para las partes, para dejarlas en el ámbito de la autonomía privada de la voluntad, es decir para que los privados sean tratados como iguales en un plano de igualdad formal.

La ideología del mercado pretende evadir todo tipo de compromiso con las normas estatales internas y todo tipo de responsabilidades individuales o colectivas. Constituye un factor creciente de desintegración social al dejar a un amplio sector de la población sin vínculos sociales, huérfanos de la civilización global, y empobrecidos. El ámbito donde más se busca la desregulación es en el campo del derecho laboral pretendiendo evitar la representación colectiva de los trabajadores, para negarles los derechos adquiridos y consolidados normativamente desde siempre por Convenios internacionales. El mercado global pretende dirigir a los trabajadores, no como seres humanos, a un destructivo individualismo.

V. La globalización lleva en su seno su propia aniquilación si pretende destruir el Derecho privado.

La destrucción del Derecho en general, y del Derecho privado en particular, a través del proceso de globalización económico es una tarea muy difícil.

Aún cuando los juristas pensadores del **common law** inspirados en la libertad e ideología neo-liberal de mercado, comprenden los derechos humanos limitados a los derechos políticos (es decir a los derechos humanos clásicos, políticos, o civiles de libertad, denominados como los derechos humanos de la primera generación), y conciben el triste papel del Derecho tendiente a desaparecer en el mercado global, sobre todo en las relaciones privadas, ello obedece a una concepción ideológica muy específica, limitada, desconocedora de la Historia, del Derecho comparado e incompatible con la Cultura del Derecho en general.

Su misión neo imperialista y totalitaria aún cuando pueda ser considerada un peligro para el sistema jurídico del **civil law**, tiene muchos obstáculos por delante. Al derecho privado como derecho de la libertad, de las libertades, generador de derechos, no se le puede socavar con tanta facilidad. Porque forma parte de la Cultura, de los derechos de los privados, de la Sociedad Civil, y en defensa de él muchos otros regímenes totalitarios, negadores de los derechos del Ser Humano, han provocado grandes luchas y enfrentamientos hasta bélicos, recibiendo una férrea respuesta política y hasta bélica como consecuencia del derecho a la rebelión contra la opresión, pasando esos movimientos a ocupar papeles vergonzosos en la Historia. Por otra parte el haber socavado la Democracia, el Estado democrático de Derecho, provocar la desregulación para negar derechos fundamentales, y negarle el verdadero rol al Derecho en nombre de la transnacionalidad o el gobierno de los mercados financieros no constituye un contrapeso suficiente como para haber impulsado estos cambios favorecedores a esta ideología neo imperialista y totalitaria, por más que sostengan una lógica utilitarista y de acumulación del capital global.

Al Derecho en general, al Derecho privado en particular, a todos los juristas democráticos, independientemente de nuestros criterios doctrinarios e incluso las diferencias políticas y hasta ideológicas, ha de quedarnos claro el papel antagónico de la globalización económica con nuestro principios centrales de defensa irrestricta de la Democracia representativa, del fortalecimiento del Estado democrático de Derecho, de luchar contra la desregulación del Derecho privado, y defender los derechos humanos, en una transformación total de globalización del Derecho.

Constituiría la globalización del Derecho para asumir la defensa de la dignidad de la Justicia y de los ordenamientos jurídicos, la protección del orden institucionalizado, de impedir el avance en la venganza contra el Estado de Derecho, en proteger todos los derechos fundamentales, en sostener la preeminencia de la Constitución Política sobre tratados internacionales que han sido interpretados con criterios humillantes para nuestros países, impedir fracturas en el proceso evolutivo de la Ciencia Jurídica, denunciar tratados denigrantes, e impulsar la aprobación de cuerpos normativos compensatorios con un sentido cada vez más contemporáneos.

Quizá la globalización económica vaya a ser el detonante esperado, necesario, por los juristas para encontrar solución a tantos problemas que se han venido discutiendo desde hace muchos años para enfrentar la solución a los problemas el Derecho privado. Es el momento de asumir la función ordenadora. Resolver los problemas ideológicos y políticos, para dar una respuesta a las exigencias económicas, sociales y culturales de los nuevos tiempos, del Derecho privado contemporáneo. Se debe crear un derecho igual para todos los ciudadanos, cercano al proceso económico, ajustado a los lineamientos de la Constitución Política, una puesta al día de nuestra Cultura, pasando de un sistema estático a uno dinámico, admitiendo que las leyes generales no son negadoras del Código sino susceptibles de sistematización en función del mismo derecho común.

Es el tiempo del jurista. Para la reflexión sobre el inmenso bagaje cultural derivado de la realidad social, del proceso económico, de los movimientos culturales. El jurista como filósofo del Derecho

debe proyectar la sociedad con las estructuras jurídicas necesarias para hoy, pero sobre todo para mañana, con fórmulas abiertas, sostenibles históricamente, democráticas, equilibradas, de derecho viviente y no meras formulaciones teóricas. Para reencontrarse en la construcción del Derecho de su tiempo, según una síntesis de los esquemas e instrumentos necesarios.

También es el tiempo de la recodificación. La estructuración del un Código de Derecho privado. Para utilizar todo el instrumental del jurista, del filósofo del Derecho, para la institucionalización real de un Derecho Privado contemporáneo. Quizá no con las pretensiones de los codificadores clásicos, ni con las posibilidades históricas que ellos tuvieron porque vivimos otros tiempos. En la recodificación nadie niega la extracción de los principios generales de la totalidad del nuevo Código como ha sucedido siempre, sin embargo la técnica moderna y contemporánea de reformar el viejo y ampliar el viejo título preliminar al Código (no de principios, comenzando por la misma Francia) ha permitido el remozamiento de los viejos códigos y el rejuvenecimiento permanente de los nuevos. En el **civil law** la aspiración, junto a los aspectos ideológicos y políticos de nuestros tiempos, como su actualidad, su realidad, su contemporaneidad, siempre debe tratarse de conjunto de normas generales abstractas, sin límites de duración, flexibles, orgánicas y autosuficientes, con reglas para regular hechos, situaciones o actividades del Ser Humano, y de las personas jurídicas, así como de constituir normativa supletoria para la legislación especial.

La globalización económica puede constituir el acicate para fortalecer el Derecho privado, sin embargo si su definición totalitaria continúa en forma avasalladora contra los institutos centrales de la Democracia, los derechos humanos, el Estado democrático de Derecho, su actitud contra el Derecho privado pretendiendo más desregulaciones, y contra el Derecho, en su seno encontrará su propia aniquilación, porque no puede destruir siglos y siglos de Cultura democrática, siglos y siglos de construcción evolutiva del Derecho.

Si la globalización continuara con su política e ideología contra el Derecho encontrará una rebelión de los Pueblos, los seres humanos, la Sociedad Civil, junto a los juristas, quienes impedirán que la Historia tenga marcha atrás.

ACTA PONENCIA: DERECHO GLOBAL

En A Coruña, a 13 de octubre de 2010

ACTA DE LA PONENCIA DERECHO GLOBAL

MESA: Excmo. Sr. D. Rafael Navarro Valls (Presidente)

Excmo. Sr. D. José Luis Meilán Gil (Coordinador)

Ilmo. Sr. D. Jose Luis López Mosteiro (Vocal)

Ilmo. Sr. D. Jesús Varela Fraga (Vocal)

Ilmo. Sr. D. Luis Maside Miranda (Secretario)

Siendo las 11:00 h toma la palabra D. Rafael Navarro para presentar la ponencia y conceder la palabra a D. Jose Luis Meilán, que comienza justificando el tema, su actualidad y la necesidad de dar una respuesta jurídica a la problemática planteada siendo necesario la construcción de un ordenamiento jurídico que podría denominarse Derecho Global.

Tras recoger el concepto del Fondo Monetario Internacional, el ponente va señalando los pasos necesarios para llegar a la elaboración de esas normas jurídicas, pasos que no están exentas de inconvenientes pues no existen ni Constitución, ni legislador, ni se puede basar en la soberanía de los Estados y propugna la creación de órganos globales con su regulación interna.

Al finalizar su intervención, el Sr Navarro agradece las palabras del ponente, produciéndose un descanso en las sesiones.

Abierta la sesión el Sr José Ricardo Pardo Gato expone su comunicación sobre Justicia Universal, finalizada la cual se le concede la palabra al Sr Luis Maside Miranda para exponer su comunicación sobre Globalización y Derechos Humanos: Especial referencia a su protección.

A continuación interviene el Sr Antonio Escura para exponer su comunicación la Globalización del Derecho (Un nuevo espacio jurídico).

D. Javier Sanz presenta el tema El Derecho Ambiental y sus relaciones con el Derecho Administrativo Global, finalizada la cual, D. Jesús Martínez Girón y D. Alberto Arufe exponen su comunicación Derecho del trabajo global. A propósito del reglamento (CE)N.1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de Diciembre de 2006 por el que se crea el Fondo Europeo de adaptación a la globalización.

El Presidente suspende las sesiones hasta la tarde.

Abierta la sesión, el representante de Colombia, D. Augusto Trujillo, formula comentarios acerca de los derechos individuales y colectivos.

A continuación, D. Antonio Escura manifiesta su conformidad con la armonización y no con la ruptura sobre la construcción del Derecho Global.

El representante de la Academia Peruana, D. Lorenzo Zolezzi, se pregunta hasta dónde puede llegar la solidaridad humana.

El representante de la Academia Colombiana, D. Marco Monroy expresa la problemática de las llamadas Leyes Modelo.

A las citadas intervenciones responde el ponente Sr Meilán.

El Sr Navarro formula al Sr Maside cual es su opinión sobre qué derechos humanos en el nuevo orden internacional se incluyen, dados los umbrales de la nueva Sociedad Humanitaria.

Abierto el debate sobre las distintas conclusiones a propuesta del representante de la Academia de Cataluña, se añade en el punto 4: Ordenando con criterios de justicia las relaciones sociales. En el punto 5, a propuesta del anterior, se añade: Que requiere ciertas exigencias jurídicas para su realización.

Después de un debate se suprimió la conclusión 26.

Ambas propuestas son admitidas, declarando el Presidente cerradas las sesiones de la ponencia y siendo las 19:00h se levanta la sesión, y en prueba de conformidad, el Secretario Extiende la presente acta, que firma con el VºBº del Presidente.

CONCLUSIONES PONENCIA: DERECHO GLOBAL

1ª. La globalización es una realidad a la que han contribuido las nuevas tecnologías de la comunicación y el incremento de los intercambios y transacciones económicas y una mayor conciencia de la integración y de la solidaridad humana que plantea nuevos retos al derecho como ciencia y arte de lo justo.

2ª. La intensificación y profundización de la interdependencia planetaria que origina la globalización genera nuevos problemas de justicia por el aumento de las diferencias entre los países en cuanto a su desarrollo.

3ª. La respuesta de un posible Derecho global o universal ha de referirse a la Humanidad y colocar en su centro la persona humana, con igual dignidad, cualquiera que sea el lugar en que viva, como han reconocido las Declaraciones de Derechos en la historia y en el mundo contemporáneo.

4ª. Un Derecho de la comunidad global, como auténtico *ius commune totius orbis* entronca con la tradición occidental del *ius gentium* romano y europeo y la referencia a un *ius naturale*, más allá de un Derecho internacional entre Estados, ordenando con criterios de justicia las relaciones sociales.

5ª. Los derechos humanos contenidos en la Declaración universal, en los pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, en la Convención americana, en la Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos y en la Convención europea proporcionan principios orientadores del Derecho global que no debe encontrarse limitado al ámbito económico de la globalización, que requiere de ciertas exigencias jurídicas para su realización.

6ª. La consideración de los derechos humanos permite hablar de un Derecho internacional como Derecho universal de la humanidad, que al referirse directa y prioritariamente a la persona, rebasa el Derecho internacional entre Estados soberanos, a lo que contribuye también la emergencia de estructuras de gobernanza transnacional.

7ª. Un Derecho penal universal o global que supere el nivel y dimensión de los Estados y de sus delimitaciones territoriales se desprende de la existencia de una Corte penal internacional para entender de delitos contra la humanidad y satisfacer las exigencias de una justicia auténticamente universal no impedida ni suplantada por los Estados-Nación.

8ª. Fenómenos nuevos por su intensidad como la preocupación por la sostenibilidad del medio ambiente a preservar para futuras generaciones o por su extensión como el terrorismo confirman la necesidad de afrontar un Derecho que cuente con la cooperación de los Estados, pero que ha de desarrollarse en un ámbito supraestatal.

9ª. La multiplicación de actividades económicas internacionales, realizadas instantáneamente (*online*), la existencia de empresas de carácter transnacional, la emergencia de paraísos fiscales afectan a funciones tradicionalmente tan propias de los Estados como la fiscal o tributaria que requieren una regulación jurídica congruente.

10ª. La dimensión global de la actual crisis económica ha puesto en evidencia que los mecanismos estatales de supervisión son insuficientes, en lo que han insistido el G-20 y el Comité de Basilea de Bancos centrales y entidades análogas.

11ª. Los contratos de compraventa internacional de mercaderías y los acuerdos internacionales de inversiones realizadas con Estados manifiestan, con sus cláusulas y la vigencia de principios, la emergencia de una *lex mercatoria universal*, que choca en ocasiones o supera los Derechos nacio-

nales como constata la jurisprudencia. Existe una tendencia a la internacionalización de los contratos de Estado.

12ª. La universalización del Derecho del Trabajo que se inició tempranamente con la creación de la Organización del Trabajo al fin de la primera guerra mundial, con participación tripartita de Estados, empresarios y trabajadores, ha continuado con iniciativas como el fondo europeo de adaptación a la globalización creado en 2006.

13ª. Son numerosas, heterogéneas y de diferente naturaleza las muestras de un posible Derecho administrativo global. En unos casos, proceden de acuerdos o convenciones internacionales, en el seno o ajenas a las Naciones Unidas. Son de naturaleza pública, o privada. Tienen una estructura más o menos formal o informal, a modo de clubs, de composición predominante técnica que actúan en ámbitos jurídico, medioambiental, económico-financiero, deportivo, de normalización. El número y la diversidad y la importancia de sus actuaciones requieren una labor de análisis y sistematización para su encuadramiento en pautas de Derecho.

14ª. Los organismos globales dictan normas, adoptan decisiones, formalmente vinculantes o no, pero que directa o indirectamente son aplicables en los Estados, previa asunción formal o sin ella. Sus determinaciones y estándares son invocables ante los Tribunales nacionales y por ellos aplicables como *ratio decidendi*.

15ª. En el ámbito del Derecho público global no existe una Constitución, ni un Parlamento, ni una Administración pública organizada de acuerdo con principios de jerarquía y descentralización, sino que se trata de organismos que con frecuencia funcionan en red lo que no hace posible construir el Derecho global como una mera transposición de los Derechos de los Estados.

16ª. La diferente naturaleza pública o privada de los organismos globales, la heterogeneidad de sus normas, vinculantes o recomendaciones (*soft law*), el diferente fundamento de las mismas, trátase de delegaciones implícitas de los Estados o de la autoridad política, científica o técnica de sus componentes, exige la búsqueda de un común denominador jurídico que permita su sistematización.

17ª. La actuación y funcionamiento de los organismos globales pone de manifiesto la existencia de un déficit democrático ya que no suelen dar cuenta ante nadie de su gestión, ni existen mecanismos para la exigencia de eventuales responsabilidades.

18ª. No es posible resolver el déficit democrático de los organismos globales de acuerdo con los principios democráticos en que se funda el Estado de Derecho con representatividad derivada, directa o indirectamente, de elecciones periódicas.

19ª. Se echa en falta una instancia de carácter constitucional en la que se resuelvan controversias sobre la elegibilidad, incompatibilidad, falta de idoneidad en la elección o selección de los miembros de los organismos globales, petición de responsabilidad o la inejecución de resoluciones judiciales, cuasijudiciales o arbitrales.

20ª. Un ordenamiento jurídico global ha de contar, al menos, con un sistema de fuentes claro, unos instrumentos de coacción o sancionadores propios, una instancia judicial o equivalente para resolver las controversias.

21ª. El derecho global es un derecho *in fieri* para cuya construcción puede partirse de principios vigentes en los ordenamientos jurídicos estatales como conquistas irrenunciables.

22ª. La idea fundamental que debe presidir la formación del Derecho global no es tanto la homogenización de estructuras heterogéneas y que funcionan mediante negociaciones y consensos, propios de lo que ha dado en llamarse gobernanza, sino en la asunción de principios de validez global.

23ª. Los derechos fundamentales y su sucesiva concreción en ordenamientos estatales o supraestatales suministran la base principal del Derecho global, de lo que es un ejemplo el derecho a la buena administración de la Carta europea de derechos fundamentales.

24ª. Derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad proporcionarían la base para la revisión constitucional de inejecución de resoluciones judiciales, de la excesiva tardanza en resolver conflictos, de inidoneidades o incompatibilidades, así como los principios de prevención o precaución y el de eficacia podrían serlo para exigencia de responsabilidades.

25ª. Los principios de transparencia y de participación tienen una especial importancia para resolver el déficit democrático de los organismos globales, teniendo en cuenta el modo de selección de sus miembros y la desigual potencia de los países afectados.

26ª. El derecho global ha de estar al servicio del bien común global. La persona adquiere una prioridad en cuanto al enfoque y justificación de un Derecho global auténtico que no se limita al ámbito económico.

27ª. El derecho global tiene una naturaleza primordialmente principal: derechos fundamentales y principios derivados constituyen su base.

PONENCIA:
PERSONA JURÍDICA

“LA PERSONALIDAD JURÍDICA, EN EL DERECHO ESPAÑOL”

Comité de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación:

José Luis García-Pita y Lastres

Consuelo Castro Rey

Francisco Manuel Ordóñez

Miguel Ángel Pérez Álvarez

José Luis Seoane Spiegelberg

Miguel Ángel Caamaño Anido

José Antonio García Vila

Víctor Peón Rama

Rocío Quintáns Eiras

Angélica Díaz de la Rosa

SUMARIO

I.– INTRODUCCIÓN: RELACIÓN JURÍDICA, DERECHO OBJETIVO Y PERSONA JURÍDICA

II.– LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS ENTES PÚBLICOS.

1.– LA PERSONA JURÍDICA “EN” Y “DE” DERECHO PÚBLICO.

2.– “ESTADO” Y “ADMINISTRACIÓN”, COMO BENEFICIARIOS ORIGINARIOS DE LA PERSONIFICACIÓN DE DERECHO PÚBLICO.

III.– LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES Y OTRAS FORMAS MERCANTILES DE EMPRESA, SUS CONDICIONES Y LÍMITES.

1.– INTRODUCCIÓN: LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES. 2.– LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES COMO “FICCION JURÍDICA”. 2.1.– *¿Quién finge y cómo se “finge” la personalidad jurídica de las sociedades?* 2.2.– “Ficción” vs. “mentira”: *la necesidad de un sustrato real, para el reconocimiento de la personalidad, en las sociedades y fundaciones mercantiles.* 2.3.– “Ficción” y “Forma”: *la libertad de creación privada de nuevas formas o tipos organizativos y el principio de tipicidad de las sociedades y personas jurídicas-empresarios, en el marco de la institución “Persona Jurídica”.* 3.– LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES: ¿REGLA O EXCEPCIÓN? 4.– EL CICLO

VITAL DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES. 4.1.– *Nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. 4.2.1.– Principio general: la publicación, como requisito de la personificación. 4.2.2.– La publicación, en las sociedades *mercantiles*. 4.2.3.– La problemática de las sociedades *en formación*. 4.3.– *Desaparición y frustración de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. 4.3.1.– Desaparición de la personalidad jurídica y extinción de las sociedades mercantiles. 4.3.2.– Frustración de la personalidad jurídica: las sociedades mercantiles *irregulares*. Especial consideración de las sociedades *civiles publicadas de hecho*, que ejercen actividades mercantiles. 5.– PERSONALIDAD JURÍDICA Y PATRIMONIO. 6.– UNA CONSECUENCIA DE LA “REGULARIDAD” DE LA PERSONA JURÍDICA: LOS “LÍMITES” DE LA PERSONALIDAD FICTA Y EL “LEVANTAMIENTO DEL VELO”. 6.1.– *Levantamiento del velo de la personalidad jurídica e interpretación teleológica de las normas que tutelan el reconocimiento de la personalidad*. 6.2.– *La personificación de las sociedades unipersonales*. 6.3.– *Problemática de los límites de la personificación jurídica, en el marco de relaciones de grupo*.

I.– INTRODUCCIÓN: RELACIÓN JURÍDICA, DERECHO OBJETIVO Y PERSONA JURÍDICA.

El Derecho es un sistema normativo que se aplica a relaciones sociales; a relaciones interpersonales, intersubjetivas. Por consiguiente, si admitimos que, en su sentido más genérico y objetivo, el Derecho es “*norma de convivencia*” por la que “*se logra la vida en común*” (613); si representa la ordenación de ésta por medio de normas vinculantes (614), parece lógico pensar que allí donde existan relaciones humanas –relaciones *sociales* (615)–, allí se encontrará presente el Derecho [“*ubi societas, ibi ius*”], de tal modo y manera que nuestra vida cotidiana de relación estará impregnada por lo jurídico, aunque no seamos conscientes de éllo. En este sentido; cuando se afirma que “*ubi societas, ibi ius*”, lo que se quiere poner de manifiesto es que la materia de que esta “hecho” el Derecho es la materia de las relaciones humanas, en sociedad. El Derecho no es para Robinson Crusoe, en su isla; y apenas sobrevive aplicado a Robinson Crusoe y a Viernes. El Derecho vive y se desarrolla en el colectivo de la Comunidad humana. De ahí la importancia fundamental de concebir al Derecho como un haz de relaciones jurídicas.

613 IGLESIAS,J.: “*Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*”, edit. ARIEL,S.A., 8º ed., Barcelona, 1983, p. 3, quien todavía añade que el lograr –por el Derecho– la “vida en común”, es tanto como decir que por el Derecho se logra la sociedad política. COING,H.: “*Grundzüge der Rechtsphilosophie*”, edit. WALTER DE GRUYTER, 4ª ed., Berlín/N.York, 1985, p. 131, quien señala que el Derecho ordena la vida en común de los hombres que pertenecen a un determinado grupo. En sentido similar, entre los mercantilistas, ya VIDARI,E.: “*Corso di Diritto commerciale*”, t. I, “*Introduzione. Libro Iº delle Persone. Parte Iª Persone singole*”, edit. ULRICO HOEPLI, EDITORE-LIBRAJO, Milan/Napoles/Pisa, 1877, p. 26, quien señalaba que “*Derecho, en sentido amplio, se puede calificar la disciplina de las relaciones humanas*”.

614 URÍAGONZÁLEZ,R.: “*Derecho mercantil*”, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES,S.A., 28ª ed., con la colaboración de Mª.L.Aparicio, Madrid/Barcelona, 2002, p. 3. Por su parte, DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*”, reimp. de la 5ª ed. actualizada, impr. R.GARCÍA BLANCO, Madrid, 1970, p. 14, definía el Derecho positivo como “*la reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el Derecho natural*”. Y RECASÉNS SICHES,L.: “*Introducción al Estudio del Derecho*”, edit. EDITORIAL PORRÚA,S.A., 4ª ed., México, 1977, ps. 25 y ss., lo califica como “*vida humana objetivada*”, “*revivida*” o “*reactualizada*”, pero no de modo individual, sino de modo colectivo; por “*la totalidad o por la mayoría de los que integran un grupo social... que constituye un modo colectivo de vida real de los miembros de ese grupo*”. Pero, más precisamente, el Derecho forma parte del ámbito de las proposiciones *normativas*, y no meramente enunciativas; proposiciones que expresan, no un “*ser*”, sino un “*deber*” ser o hacer, que, cuando se adjetiva como Derecho “positivo”, tiene una eficacia vinculante formal, aunque haga referencia a valores.

615 HÜBNER,H.: “*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*”, edit. WALTER DE GRUYTER, Berlín/N.York, 1985, p. 1.

Ahora bien; elemento fundamental de las relaciones jurídicas es el **elemento subjetivo** o elemento personal: las relaciones jurídicas son relaciones entre dos o más **personas**, de forma que la Persona es el componente fundamental de la Relación jurídica; de hecho, la Persona –cuando menos, la Persona Humana– constituye un “*prius*” de la Relación jurídica.

Pero las relaciones jurídicas pueden existir, también, entre personas que no son humanas, sino que son personas “*jurídicas*”; entidades o creaciones del Derecho –mejor dicho: reconocidas, como tales, por el Ordenamiento, aunque creadas por los seres humanos–, cuya presencia se detecta por doquier en el mundo de lo jurídico, hasta el punto de que no ha faltado quien ha llegado a establecer una cierta identificación entre *Persona* [jurídica] y *Ordenamiento* [En cierto sentido, MARTÍN RETORTILLO, que al definir el Derecho administrativo, identificaba su polo de referencia fundamental –La Administración Pública– con *un ordenamiento*, podría –quizá– ser un ejemplo representativo, pero ya ZANOBINI, en su “*Corso di Diritto Amministrativo*”, había escrito que “*el Estado en el Derecho moderno es, además de un ordenamiento jurídico, una persona jurídica*” y LESSONA, en su “*Introduzione al Diritto Amministrativo*” sostuvo que “*el Estado debe poder querer y actuar con efectos jurídicos; ser, por tanto, titular de derechos, o sea sujeto de derechos, y por ello se nos presenta, además de cómo ordenamiento, como persona jurídica*”].

Las personas jurídicas intervienen en todo tipo de relaciones jurídicas –con alguna excepción, como buena parte de las propias del Derecho de Familia–, y, por consiguiente, intervienen tanto en las relaciones jurídicas de Derecho *público*, como en las de Derecho *privado*. Y así lo refleja, para empezar, nuestro Código civil [CC./1889], cuyo art. 35 dice que:

“*Son personas jurídicas:*

1.– *Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley.*

Su personalidad comienza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2.– *Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de sus asociados”*,

en tanto que el art. 38, CC., refleja la general aptitud de las personas jurídicas para intervenir en todo –o casi todo– tipo de relaciones jurídicas.

Por su parte, la Doctrina iusmercantilista propone, como primer criterio clasificatorio de las distintas variedades de empresarios, el que distingue entre empresarios “individuales”, que son personas físicas o naturales, y empresarios que son personas jurídicas o morales; por lo general, constituidos sobre la base de un contrato de sociedad⁽⁶¹⁶⁾. Esta es, por otra parte, la imagen que presenta nuestro Código de comercio, cuyo art. 1º permite distinguir –aunque emplee una terminología y unas expresiones diferentes: las “*personas que teniendo capacidad para ejercer el comercio se dedicaren a él habitualmente*” y las “*compañías mercantiles e industriales*”– entre empresarios “*individuales*” y empresarios “*sociales*”⁽⁶¹⁷⁾. Pero, sobre todo –por su condición de premisa general– cabe comenzar señalando que existe una parte del Derecho civil a la que se conoce como el “*Derecho de la Persona*” que puede definirse como “*el conjunto de normas que regulan la situación (poderes y deberes) de*

616 SÁNCHEZ CALERO,F.: “*Principios de Derecho Mercantil*”, edit. ARANZADI,S.A./THOMSON REUTERS, 14ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2009, ps. 157 y s. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,A.: “*Apuntes de Derecho Mercantil*”, edit. ARANZADI,S.A./THOMSON REUTERS, 8ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 181. ROCA-SASTRE y MUNCUNILL,L.: “*España: La vida jurídica de la Empresa individual*”, separata de VV.AA.: “*XVº Congreso Internacional del Notariado Latino. París, 1979*”, edit. JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES, Madrid, 1979, ps. 13 *passim*, quien señala que, “*En Derecho mercantil, la Empresa puede ser individual o social o en sociedad. Es empresa individual la ejercida por un empresario o comerciante que sea una persona natural o física o varias en común. Es empresa social, la ejercida por una sociedad mercantil*”.

617 SÁNCHEZ CALERO,F.: “*Principios...*”, cit., 14ª ed., p. 60. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,A.: “*Apuntes...*”, cit., 8ª ed., p. 181.

la persona, como tal persona, dentro del Ordenamiento jurídico privado” (618). Una postura lógica, frente a este fenómeno, sería la de comenzar el estudio del Derecho civil, por el estudio de este “*Derecho de la Persona*”, el cual –sin embargo– parece embebido o absorbido dentro de otros sectores, como son el Derecho de Familia o el Patrimonio, lo cual conduce a una “*desautonomización*” del concepto de la “Persona” que la reduce al simple plano del Sujeto del derecho o de la obligación (619), dando lugar al “sacrificio” del papel esencial de la Persona, en aras de su participación en relaciones de índole patrimonial o familiar (620). Mas, bien por el contrario, es preciso reafirmar el papel y la dignidad de la “Persona”, porque –y para que– “*hominum causa omne ius constitutum sit*” (621).

El Concepto de la Persona tiene su origen en las lenguas clásicas: en Latín, el sustantivo “*persona, -ae*” surgió del verbo “*persono, -as, -are*”, que literalmente significaba sonar mucho o resonar; derivado del griego *Προσωπον*, se utilizaba para designar la máscara de los actores, que les servía al propio tiempo para caracterizarse y para ahuecar y lanzar la voz. Mas tarde, el término se aplicó al propio actor, y –luego– a los actores de la vida social y jurídico; es decir: a los hombres, como sujetos de derecho (622): por consiguiente, desde un punto de vista jurídico, “Persona” es todo ser capaz de derechos y obligaciones; capaz de devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas (623). De este modo, el concepto de “Persona” se hace equivalente a la noción de “*sujeto de derecho*”, entendido este término en sentido abstracto, aunque a decir verdad no sólo es sujeto de derechos sino también de obligación; de deberes y de responsabilidades (624).

Mas, entonces, ¿quién puede ser sujeto de tales relaciones jurídicas, y –por consiguiente– merecer el calificativo de “*persona*”, en sentido jurídico? El reconocimiento legal de las personas llamadas “*jurídicas*” constituye, el mismo tiempo, una respuesta a esta interrogante y también el origen de una “*questio*” fundamental del Derecho positivo y de la Ciencia jurídica.

El *Concepto* mismo de la Persona ha sufrido las confusiones de filósofos y las vacilaciones terminológicas de los textos romanos. Debido a las primeras, algunos han creído que la Persona consiste en la voluntad, el interés o el espíritu individual o colectivo, identificando –equivocadamente– la parte con el todo. Tal es el criterio seguido por autores como FICHTE, que ve la humanidad en la “*consciencia*” y la consciencia en la “*reflexión*”. La Persona –decía Federico DE CASTRO– “*es el hombre, unidad de alma y cuerpo (“duplex homo”)...*” y esta es la consideración de que ha de ser objeto, por parte del Derecho (625). Por otra parte, las vacilaciones terminológicas de los textos romanos condujeron a la gravísima consecuencia de negar entidad *ontológica* a la “Persona”; al “Hombre”, del que se llegó a decir que no era persona por sí mismo, sino en cuanto tuviera un “*estado civil*”.

618 CASTRO Y BRAVO,F. de.: “*Compendio de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona*”, 5 ed., Madrid, 1970, p. 161.

619 KELSEN,H.: “*Teoría Pura del Derecho*”, trad. de la 2ª ed. alemana, por R.J.Vernengo, edit. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, México, 1986, ps. 178 y s., quien prefiere limitar el concepto de “*Sujeto de derecho*”, en torno al factor del sometimiento a *obligación*, más que de titularidad del derecho, que –en su opinión– siempre ha estado vinculado, por la doctrina clásica libera, al derecho de *propiedad*. Idem.: “*Teoría General del Derecho y del estado*”, trad. E.García Maynez, edit. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, México, 1988, p. 109, quien señala que “[e]l concepto de persona jurídica –definida ésta como sujeto de derechos subjetivos y deberes jurídicos– responde a la necesidad de imaginar a un portador de tales derechos y deberes. El pensamiento jurídico no se satisface con saber que cierta acción o cierta omisión humanas constituyen el contenido de un deber o un derecho. Alguien ha de existir que “*tenga*” el deber o el derecho”.

620 DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimpr. de la 5ª ed., ps. 161 y s., quien –sin embargo– advierte que este es un criterio aparentemente minoritario.

621 DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimpr. de la 5ª ed., p. 162.

622 CASTÁN TOBEÑAS,J.: “*Derecho civil español. Común y Foral*”, t. I, vol. 2º, edit. REUS,S.A., 12ª ed. revisada y puesta al día por J.L.De los Mozos, Madrid, p. 111.

623 CASTÁN TOBEÑAS/DE LOS MOZOS.: cit., t. I, vol. 2º, 12ª ed., p. 112.

624 CASTÁN TOBEÑAS/DE LOS MOZOS.: cit., t. I, vol. 2º, 12ª ed., p. 113.

625 DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimpr. de la 5ª ed., p. 162. CASTÁN TOBEÑAS/DE LOS MOZOS.: cit., t. I, vol. 2º, 12ª ed., p. 112, quienes señalan que los filósofos consideraban que la persona era una “*sustancia individual de naturaleza racional*” o bien el “*supuesto dotado de entendimiento*”.

De ahí la negación de personalidad a los esclavos, a los que se caracterizaba como *απροσωποι* ⁽⁶²⁶⁾. En cambio, la concepción cristiana de la vida reconoció el valor específico de la condición humana, con el consiguiente reconocimiento de que todo hombre es persona, lo cual supone que posee derechos y deberes ⁽⁶²⁷⁾. Por este motivo, desde un punto de vista jurídico, “persona” es todo ser capaz de derechos y obligaciones; de devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas ⁽⁶²⁸⁾. De este modo, el concepto de “Persona” se hace equivalente a la noción de “*sujeto de derecho*”, entendido este término en sentido abstracto, aunque a decir verdad no sólo es sujeto de derechos sino también de obligación; de deberes y de responsabilidades ⁽⁶²⁹⁾. Hoy se piensa que todo hombre es “*persona*” y que sólo el “*Hombre*” y *ciertas colectividades por él creadas*, merecen el calificativo jurídico de “*persona*” ⁽⁶³⁰⁾. Mas, como veremos seguidamente, con una afirmación semejante no se solventa el problema, sino que –realmente– se plantea, porque decir que sólo el “*Hombre*” y *ciertas colectividades por él creadas*, merecen el calificativo jurídico de “*persona*”, deja en el aire varias interrogantes: ¿cuáles son esas “*ciertas colectividades por [el Hombre] creadas*”? ¿Por qué y cómo adquieren esa personalidad, y por qué otras colectividades no la adquieren? ¿Es comparable a la del Ser Humano? ¿Qué tipo de relación lógica u ontológica; que relación del tipo regla/excepción, existe entre la personificación que se reconoce al “*Hombre*” y la que se reconoce en *ciertas colectividades por él creadas*?

Existen dos términos estrechamente relacionados, que frecuentemente se emplean como sinónimos, aunque en realidad no lo son: el concepto “*Persona*” y el concepto “*Personalidad*”: “*persona*” es todo ser capaz de derechos y obligaciones, en cambio “*personalidad*” designa una aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas: se “*es*” Persona, se “*tiene*” Personalidad ⁽⁶³¹⁾. En realidad, nuestro Derecho positivo emplea el término “*Personalidad*” de forma un tanto equívoca, queriendo referirse –a veces– a la capacidad de obrar y, en otras ocasiones, como alusiva a ciertas capacidades especiales o bien incluso a la legitimación, tanto activa como pasiva ⁽⁶³²⁾. La “*Persona*” es un “*prius*” respecto del Ordenamiento jurídico, considerado como un todo, ya que el Derecho es para las personas, y no las personas, para el Derecho ⁽⁶³³⁾, aunque pareciera que esta afirmación solamente puede predicarse de los seres humanos, en cuanto personas: más difícil es extender la misma premisa a las personas jurídicas.

Se suele afirmar que la Teoría de la Personalidad apareció en el Derecho Romano, habiendo experimentado un proceso de evolución y transformación que la ha llevado hasta la actualidad, con un significado muy diferente. En la Roma antigua, la “*personalidad*” no se consideraba como un atributo de la naturaleza humana, sino que era una consecuencia del “*status*”, del estado civil, el cual –a su vez– tenía los rasgos propios de una concesión de la ley que revestía un carácter tripolar o tridimensional; a saber: el de “*status libertatis*”, el de “*status civitatis*” y el de “*status familiae*”. Y sólo aquellos que reunían en su persona los tres estados, alcanzaban la plena capacidad jurídica, la cual –por consiguiente– exigía ser libre, y no esclavo, ser ciudadano, y no peregrino –pues los extranjeros

626 DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimpr. de la 5ª ed., p. 162.

627 DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimpr. de la 5ª ed., p. 163.

628 CASTÁN TOBEÑAS/DE LOS MOZOS.: cit., t. I, vol. 2º, 12ª ed., p. 112.

629 CASTÁN TOBEÑAS/DE LOS MOZOS.: cit., t. I, vol. 2º, 12ª ed., p. 113.

630 CASTÁN TOBEÑAS/DE LOS MOZOS.: cit., t. I, vol. 2º, 12ª ed., ps. 113 y s. DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimpr. de la 5ª ed., p. 164.

631 CASTÁN TOBEÑAS/DE LOS MOZOS.: cit., t. I, vol. 2º, 12ª ed., ps. 114 y s.

632 DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimpr. de la 5ª ed., p. 163.

633 CASTÁN TOBEÑAS/DE LOS MOZOS.: cit., t. I, vol. 2º, 12ª ed., p. 115. En contra, aparentemente, KELSEN,H.: “*Teoría Pura del Derecho*”, cit., ps. 180 y ss. Idem.: “*Teoría General del...*”, cit., ps. 110 y 113, quien critica esta visión trascendente/individualista, por considerar que es *ficción*, aunque hay que reconocer que algunas desviaciones de este individualismo podrían, también, terminar por convertirse en desviaciones de la visión trascendente de la persona. En todo caso, KELSEN concluye con una frase verdaderamente lapidaria –e inadmisible– “*el concepto de la “persona” llamada física es sólo una construcción jurídica y, como tal, difiere por completo del concepto de hombre*”.

no podían disfrutar del “*Ius civile*”– y ser “*sui iuris*”, y no “*alieni iuris*”, condición que solamente poseía el “*pater familias*” (634).

Y si esto sucedía con los seres humanos, con mayor razón habría de producirse en el plano de las personas jurídicas y de las sociedades: el Derecho Romano de Sociedades se vió influido por la cuestión de la atribución, o no, de personalidad jurídica, a las distintas figuras asociativas conocidas. Al parecer, según GAYO la posibilidad de crear entes asociativos dotados de personalidad no era algo que estuviese al alcance de cualquiera, ya que se trataba de una cuestión regulada por las leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales (635); circunstancia que ha llevado a pensar que el Derecho Romano no llegó a elaborar una doctrina general de la Personalidad Jurídica, aunque conociera supuestos singulares y específicos de entes dotados de personificación (636)

La Sociedad [“*Societas*”] del Derecho romano se configuró como un puro contrato (637); un “tipo” contractual caracterizado por las notas de la consensualidad (638), la **signalgmaticidad** y la máxima buena fe [“*uberrimae bonae fidei*”]. La eficacia jurídica de la “*Societas*” romana se limitaba –sin embargo– a lo estrictamente obligacional. Así, la “*Societas*” romana generaba obligaciones de aportación y de buena fe (639), materializándose esta eficacia vinculante en el reconocimiento de una acción: la “*actio pro socio*”; una acción “*bonae fidei*” que se ejercitaba para liquidar las deudas pendientes entre los socios, como consecuencia del contrato. Así, la “*Actio pro socio*” era la acción judicial por la que cada socio podía reclamar contra sus con-socios el *cumplimiento de las obligaciones* derivadas del Contrato de Sociedad (640). Nacida como “*arbitrium bonae fidei*” en épocas relativamente anti-

634 CASTÁN TOBEÑAS/DE LOS MOZOS.: cit., t. I, vol. 2º, 12ª ed., p. 115.

635 Vid. ref. GARCÍA GARRIDO,M.J.: “*Derecho privado Romano*”, t. I, “*Instituciones*”, edit. EDITORIAL DYKINSON,S.L.C., 3ª ed., Madrid, 1985, ps. 47 y s., quien añade que las opiniones de GAYO se refería a las limitaciones sobre la libertad de asociación de los “*collegia*” o “*sodalitas*”, que se introdujeron al final de la República, en contraste con la amplia libertad de asociación que existía en las XII Tablas.

636 GIRÓN TENA,J.: “*Derecho de sociedades*”, t. I, “*Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias*”, impr. ARTES GRAFICAS BENZAL, Madrid, 1976, p. 4. DE TORRES PEREA,J.M.: “*Alcance de la personalidad jurídica de la Sociedad Civil externa*”, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2002, p. 13. MENEZES CORDEIRO,A.: “*Manual de Direito das Sociedades*”, cit., t. I, 2ª ed., p. 52, quien afirma que “*los antecedentes romanos de la personalidad colectiva son difíciles de reconstruir*”. SCHMOECKEL,M. y MAETSCHKE,M.: “*Rechtsgeschichte der deutschen Wirtschaft im industriellen Zeitalter (Grundlagen des europäischen Privatrechts II)*”, p. 126, en http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Deutsche_Rechtsgeschichte/Lehre/SoSe_2007/WiRG/WiRG_Text_21.6.07.pdf, quienes afirman que el Derecho romano conocía, desde muy antiguo, la posibilidad de crear personas jurídicas.

637 GARCÍA GARRIDO,M.J.: “*Derecho privado Romano*”, cit., t. I, 3ª ed., ps. 379 y s. Configuración que no fue, por otra parte, originaria, si atendemos al criterio manifestado por PINTO FURTADO,J.H.: cit., 3ª ed., p. 11, porque –al parecer– inicialmente la “*Societas*” no era un contrato, porque no surgía de un acuerdo de voluntades, de forma que los llamados “*socii*” no siempre eran verdaderos “socios”, sino miembros del consorcio familiar agrario.

638 GARCÍA GARRIDO,M.J.: “*Derecho privado Romano*”, cit., t. I, 3ª ed., p. 380, quien añade que la Sociedad se contraía “*por el consentimiento expresado en cualquier forma*”. MENEZES CORDEIRO,A.: “*Manual de Direito das Sociedades*”, cit., t. I, 2ª ed., p. 51. SCHMOECKEL/MAETSCHKE.: “*Rechtsgeschichte der deutschen Wirtschaft...*”, cit., p. 126, en http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Deutsche_Rechtsgeschichte/Lehre/SoSe_2007/WiRG/WiRG_Text_21.6.07.pdf quienes la califican como contrato de libre forma, que se perfeccionaba por el mero consentimiento.

639 PARICIO,J.: «El Contrato de Sociedad en el Derecho romano», en VV.AA.: «*Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor fernando Sánchez Calero*», t. I, edit. MCGRAW-HILL, Madrid, 2002, ps. 408 y s., quien señala que «*La Sociedad [«Societas»] es un contrato consensual, bilateral o plurilateral, que no produce efectos frente a terceros, en virtud del cual dos o más personas [“socii”] se obligan a poner en común bienes y actividades y al reparto de ganancias y pérdidas, según una proporción preestablecida*». GARCÍA GARRIDO,M.J.: “*Derecho privado Romano*”, cit., t. I, 3ª ed., p. 383, quien señala que el socio debía aportar a la Sociedad lo que había prometido, en los términos convenidos y comportarse de buena fé, así como también aportar al fondo común todo lo adquirido. ESCARRA,J.: «*Cours de Droit commercial*», edit. LIBRAIRIE DU RECUEIL SIREY, 2ª ed., París, 1951, p. 282. PINTO FURTADO,J.H.: cit., 3ª ed., p. 11, quien señala que fue en una fase posterior del desarrollo del Derecho romano, cuando la “*Societas*” vendría a convertirse en un contrato consensual, contraponiéndose –así– al “condominio familiar”, que no surgía de la voluntad concorde, sino “*ex re*” [la mal llamada “*societas re contracta*”].

640 PARICIO,J.: cit., p. 422.

guas⁽⁶⁴¹⁾, permitía al Juez compensar las deudas recíprocas “*ex societate natas*”, entre las partes. Ahora bien; en la “*Societas*” romana faltaron, así la solidaridad entre los socios, como la manifestación externa de un ente asociativo: esa “*societas*” que los romanos conocían como tipo de contrato de buena fe, no poseía personalidad jurídica pues ni siquiera trababa relaciones jurídicas con terceros [era, se podría decir, una Sociedad *interna*] y el Fondo social pertenecía “*pro indiviso*” a los socios. La consecuencia no podía ser otra: la “*Societas*” romana carecía de personalidad⁽⁶⁴²⁾.

Ahora bien; a lo largo de los siglos que duró la civilización romana clásica, existieron varios tipos de sociedades y entes asociativos, que fueron apareciendo en sucesión, y aunque en el Lib. III de las “*Instituta*” de GAYO se contemplaban solamente dos tipos: la Sociedad universal [denominada por los griegos *κοινοπραξία*], que comportaba la comunicación de todos los bienes de los socios, y la particular, constituida para una negociación determinada, como –p.e.– comprar y vender esclavos, aceite, vino o trigo⁽⁶⁴³⁾, esto no significa que en el Derecho romano – como consecuencia de un proceso evolutivo– no hubieran surgido algunas modalidades de sociedad que se aproximaban a las formas modernas, como las “*societates publicanorum*” y las “*societates vectigalium publicorum*”, probablemente verdaderas **personas jurídicas**, que se creaban para la ejecución de obras, servicios y suministros públicos o militares, o para el arriendo de contribuciones⁽⁶⁴⁴⁾.

Por el contrario, en el Derecho moderno, una vez desaparecida la esclavitud, reconocido que los extranjeros poseen derechos civiles y admitido que la dependencia familiar no altera la capacidad de derecho, la Personalidad ya no depende de la posesión de ningún “*status*”, sino que es *emanación de la naturaleza humana*⁽⁶⁴⁵⁾. Ahora bien; con todo y esto, los civilistas todavía discuten acerca de la naturaleza de la “*Personalidad*”: ¿se trata de una realidad natural? ¿O, por el contrario, constituye un producto del Ordenamiento, que éste puede ligar a cualquier sustrato? Pugnán, así, tesis “*normativistas*” con tesis “*iusnaturalistas*”. Las primeras –también denominadas “*formalistas*” o puramente “*jurídicas*”– la Personalidad es una atribución del orden jurídico⁽⁶⁴⁶⁾. Las segundas, por el contrario, mantienen que la “*Personalidad*” es *un atributo esencial e inseparable del “Ser humano”*. Mas, en opinión de quienes redactan esta ponencia, realmente no debe entenderse que ambas concepciones sean incompatibles, porque –a decir verdad– una vez que se *hace distinción* entre el concepto “*Persona*” y el concepto “*Personalidad*”; una vez que se advierte que se “*es*” Persona, pero que se “*tiene*” Personalidad, gran parte del problema queda solucionado. Solo *es* persona el *Ser humano*, aunque personalidad pueden tenerla –porque el Ordenamiento se la reconozca– esas *ciertas colectividades por él creadas*. De todas estas cuestiones volveremos a tratar en su momento.

641 MENEZES CORDEIRO,A.: “*Manual de Direito das Sociedades*”, cit., t. I, 2ª ed., p. 51 parece atribuirlo a los “*bonae fidei iudicia*” del Jurista romano QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA.

642 ESCARRA,J.: “*Cours...*”, cit., 2ª ed., p. 282. HUECK,G.: “*Gesellschaftsrecht*”, cit., 19ª ed., p. 17. GIRÓN TENA,J.: “*Derecho de Sociedades...*”, cit., t. I, p. 5.

643 ORTOLAN,M.: “*Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, con el texto, la traducción y las explicaciones debajo de cada párrafo, precedido de la Historia de la Legislación romana, desde su origen hasta la legislación moderna y de una generalización del Derecho romano, según los textos conocidos antiguamente o más recientemente descubiertos*”, t. II, “*Libros IIIº y IVº de la Instituta*”, trad por F.Pérez de Anaya y M.Pérez Rivas, edit. LIBRERÍA DE LEOCADIO LÓPEZ, EDITORA, Madrid, 1896, ps. 336 y s.

644 ESCARRA,J.: “*Cours...*”, cit., 2ª ed., p. 282. JUGGLART,M.de. e IPPOLITO,B.: «*Cours de Droit commercial avec travaux dirigés et sujets d'examen*», t. II, «*Les sociétés commerciales*», edit. MONTCHRESTIEN, 9ª ed., París, 1992, p. 11, que hablan de las sociedades de publicanos, que gestionaban colectivamente el cobro de impuestos y poseían un patrimonio distinto del de los socios, además de tener la consideración de *personas jurídicas*. MENEZES CORDEIRO,A.: “*Manual de Direito das Sociedades*”, cit., t. I, 2ª ed., p. 51.

645 CASTÁN TOBEÑAS/DE LOS MOZOS.: cit., t. I, vol. 2º, 12ª ed., p. 116.

646 Ejemplo paradigmático es KELSEN,H.: “*Teoría General del...*”, cit., p. 113, quien señala que, como el concepto de “*Perona*” es una pura construcción jurídica, diferente por completo del concepto de “*Hombre*”, la consecuencia es que la persona física es, también [por lo mismo que es *persona*], *jurídica*, de modo que *no puede haber diferencia esencial entre ambas*. Muy al contrario: entre ellas hay una igualdad *esencial*.

II.– LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS ENTES PÚBLICOS.

II.1.– LA PERSONA JURÍDICA “EN” Y “DE” DERECHO PÚBLICO.

Las personas jurídicas intervienen en todo tipo de relaciones jurídicas; así en las relaciones jurídicas de Derecho *público*, como en las de Derecho *privado*. Concretamente, el Derecho público *común* –el Derecho *Administrativo*– se define por referencia a dos factores o circunstancias que fácilmente pueden deducirse de los términos de un precepto como el art. 103, nº 1 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978 [Const.Esp.](“*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*”): el elemento objetivo-funcional de la concurrencia de un “*interés general*”, y el elemento subjetivo-personal de la intervención en la relación jurídica, de –cuando menos– un determinado sujeto *público*. Si han de concurrir obligatoriamente ambos factores, o si basta con la concurrencia exclusiva del primero de ambos ⁽⁶⁴⁷⁾, es algo discutible y –sin duda– de cierta trascendencia a los efectos que aquí interesan, ya que de la respuesta que se dé a esta interrogante podría –muy bien– depender las dimensiones espaciales del perímetro de las personas jurídicas sometidas al Derecho Administrativo, como “*administraciones públicas*”.

En este sentido, ¿quienes son esos sujetos públicos, cuya participación se produce típicamente, en el marco de las relaciones jurídicas sometidas al Derecho Administrativo? El art. 103, Const.Esp. solamente menciona a “*la Administración Pública*”, sin otro matiz, aunque es evidente que no hay “*la*” Administración, sino “*las Administraciones*” públicas; hay varias, y no una sólo, como clara –aunque pálidamente– se refleja en los arts. 137, 140 y 141, Const.Esp. que reconocen la personalidad jurídica de los municipios, las provincias, al tiempo que los arts. 152, 153 y 154 permiten –aunque con cierta dificultad– apreciar el reconocimiento constitucional de la personalidad jurídica de las Comunidades Autónomas. Y no termina, aquí, la lista de personas jurídicas de Derecho público.

Sea como fuere –y sin mayor precisión, por el momento– es evidente que hay que reconocer que la **Administración Pública** es persona *jurídica* ⁽⁶⁴⁸⁾, aunque acaso fuera más acertado decir que “*tiene personalidad jurídica*”. Y, así, de conformidad con el **art. 2º, nº 2, de la Ley nº 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado** [LOFAGE.], se reconoce que “[l]a *Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única*”; en otras palabras: la Administración General del Estado [AGE.] es un sujeto de derecho y, por tanto, es un *potencial y efectivo titular de relaciones jurídicas* ⁽⁶⁴⁹⁾, y está constituida por órganos, que –entre otras cosas– permiten su actuación en el tráfico jurídico, toda vez que su condición de tales les permite –y en éllo consiste su naturaleza y función– “*corporeizar*” a la Administración y “*representarla*” en el tráfico externo.

647 MEILÁN GIL, J.L.: “Administración Pública, Derecho e Historia”, en “*Administración Pública en perspectiva*”, edit. UNIVERSIDADE DA CORUÑA/UNIVERSIDADES DE SANTIAGO DE COMPOSTELA/ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, p. 60, quien concluye con la siguiente afirmación: “*Derecho administrativo es el Derecho común relativo a la regulación y gestión subordinada de intereses colectivos*”.

648 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “*Curso de Derecho Administrativo*”, t. I, edit. CIVITAS EDICIONES, S.L., 11ª ed., Madrid, 2002, p. 366. COSCULLUELA MUNTANER, L.: “*Manual de Derecho Administrativo*”, t. I, edit. CIVITAS EDICIONES, S.L., 14ª ed., Madrid, 2003, p. 37. MUÑOZ MACHADO, S.: “*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público General*”, t. I, edit. CIVITAS EDICIONES, S.L., 1ª ed., Madrid, 2004, ps. 35, 41 y 55, quien alude a “*la necesidad de pertrecharse de una organización centralizada*” como “*única manera conocida de ejercer la inmensidad de poderes nuevos que la Administración recibe*”, entroncándola con la necesidad de proteger los bienes públicos, como tarea que se encomienda a la Administración.

649 COSCULLUELA MUNTANER, L.: “*Manual ...*”, cit., t. I, 14ª ed., p. 37. MARTÍN MATEO, R.: “*Manual de Derecho Administrativo*”, edit. EDITORIAL ARANZADI, S.A., 22ª ed., Cizur menor (Navarra), 2003, p. 28, señala que “[u]na técnica aplicada con éxito para el establecimiento de relaciones entre la Administración y los administrados ha sido la introducción de la figura de la personificación de la Administración”. Se puede decir más alto, pero no más claro.

II.2.– “ESTADO” Y “ADMINISTRACIÓN”, COMO BENEFICIARIOS ORIGINARIOS DE LA PERSONIFICACIÓN DE DERECHO PÚBLICO.

Mas obsérvese que la personalidad jurídica se atribuya a un sujeto que se describe con tres vocablos: dos sustantivos y un adjetivo. Del adjetivo nos ocuparemos posteriormente, pues lo que ahora interesa son los dos sustantivos: “*Administración*” y “*Estado*”. ¿Son cosas distintas o son términos sinónimos? ¿A quién pertenece la personalidad reconocida? ¿a la “*Administración*”, o al “*Estado*” (650)? En otras palabras: ¿Tiene personalidad jurídica el “*Estado*”? Desde luego, en el plano del Derecho internacional, pareciera que sí, sin lugar a dudas, aunque a veces los textos parecieran utilizar –en vez del término “*Estado*”–, el concepto de “*Nación*”.

Mas, ¿sucede lo mismo, en el ámbito interno? ¿Es el “*Estado*” el ente personificado, en las relaciones internas sometidas al Derecho público? Al parecer, no en los ordenamientos anglosajones: GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ citan una frase de un administrativista inglés –ALLEN– según la cual “*the State is not an entity recognised by our Law*” (651), sino que –bien por el contrario– “*the State is the Crown*” [la Corona], la cual se ve acompañada por el Parlamento [“*Parliament*”], sin estar ambos unidos en una entidad personificada superior que sería, supuestamente, el Estado [“*the State*”], y a uno y la otra los acompaña el Poder Judicial.

De todos modos, parte de la Doctrina ha sostenido que algunos autores ingleses del siglo XVII habrían formulado una cierta noción del *Estado* como persona. Así, Thomas HOBBS en *De Cive*: afirmaba: “*Unio autem sic facta, appellatur civitas, sive societas civilis, atque etiam persona civilis*”, de modo que la personalidad jurídica para delimitar un polo subjetivo público, en las relaciones jurídico-públicas o jurídico-administrativas, se atribuye en HOBBS a la “*Civitas*”. Y, sin embargo, lo cierto es que –en definitiva– ni la Doctrina política ni la jurídica, ni el régimen constitucional británicos han asumido nunca dicha concepción: el primer gran tratadista inglés de Derecho Constitucional, William BLACKSTONE, en sus “*Commentaries on the Laws of England*”, publicados en 1765, opuso a la noción del Estado-persona la del Estado-*trust* o Estado-relación fiduciaria, conceptuando el Estado, no como unidad jurídica cerrada sino como relación entre órganos supremos. Y este el escenario que describen GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, al citar las palabras de ALLEN, para –seguidamente– concluir, a propósito de la concepción inglesa del Estado, afirmando que “*King and Parliament*” son dos realidades distintas que son “*reciprocally trustees for each other*”. Y por lo que se refiere al Poder Judicial, se afirma que los jueces no siguen la voluntad del príncipe sino “*the Law of the land*”, en el cual sobre un fondo común de principios y reglas desveladas por la historia (*common Law*) puede interferir un *statute Law* o Derecho legal creado por las Cámaras o por el Gobierno, siempre con un carácter puntual, de interpretación restrictiva. El conjunto de todos estos actores sustanciales de la vida pública se articula bajo el concepto puramente estructural de “*Constitución*”, que respeta la singularidad de tales actores. De este modo, la misma idea de un Estado abstracto y transpersonal falta en estos países.

Mas, ¿y en otros países, como –p.e.– España? Ciertamente, es preciso reconocer que hubo un tiempo en que, en toda la Europa Continental, se pensó en la personificación del “*Estado*”, al que se configuraría –supuestamente– como un “*ente transpersonal*” (652), con el propósito de dar respuesta a la cuestión de quién era el titular del poder soberano, en el marco de las monarquías absolutistas, e incluso en los comienzos de la etapa posterior a la desaparición del Antiguo Régimen. No se quería

650 MUÑOZ MACHADO, S.: “*Tratado...*”, cit., t. I, 1ª ed., ps. 55 y s., quien –luego de dar cumplida cuenta de las aportaciones de GARCÍA DE ENTERRÍA, como defensor de la teoría del Derecho Administrativo como Derecho “*de la Administración pública*”, entendida como “*persona jurídica*”–, indicando que “*GARCÍA DE ENTERRÍA aprovecha eficazmente aportaciones de dignísima factura y gran influencia*”, añade que la primera fuente de la que bebió dicho autor fue del alemán ALBRECHT –seguido por la poderosa Escuela Alemana del Derecho Público [VON GERBER, LABAND, JELLINEK...], sobre la personalidad jurídica del *Estado*.

651 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 31.

652 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 33.

atribuir la soberanía al Pueblo, pero tampoco se quería atribuir al Monarca, persona física individual, porque –dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ– “*la confesión ya resultaba escandalosa*”, en la Alemania del siglo XIX⁽⁶⁵³⁾. Por este motivo, se optó por idear un “*ens tertium seu persona tertia*” que era el Estado, entendido como “*un ente abstracto del cual todos los protagonistas de la vida política real serían, a lo sumo, simples órganos*”⁽⁶⁵⁴⁾. Así, aunque para algunos la concepción del Estado como persona tiene sus raíces en la Escuela del Derecho Natural (GROCIO, HOBBS, LOCKE, PUFFENDORF, ROUSSEAU), el dogma de la personalidad jurídica del Estado no tuvo una formulación concreta hasta mediados del siglo XIX, en la Escuela alemana de Derecho Público, como técnica de imputación de la soberanía a un centro subjetivo diferente del monarca, con una clara finalidad de limitar el poder y de someter al Derecho su ejercicio.

Asistimos, aquí, a todo un proceso evolutivo cuyo arranque se sitúa en la Edad Media, en la que –como consecuencia de la confusión entre “*dominium*” e “*imperium*”–, la única personificación reconocida era la persona del Príncipe⁽⁶⁵⁵⁾, y sólo cuando se intentó dotar al Poder de un mayor grado de institucionalización, se optó por una “*transpersonalización*” –literalmente: trasladarlo de una persona, a otra– del mismo, mediante la teoría de la personificación de la **Corona**, concebida como “*un centro de imputación y producción de actos jurídico-políticos distinto y superior al propio Rey y expresivo de la unidad misma del Reino*”⁽⁶⁵⁶⁾, que –a decir verdad– enraizaba en, o bebía de las fuentes de, el Derecho Canónico, el cual, a su vez, venía ofreciendo toda una multitud –sistemática– de modelos de personificación jurídica [la silla apostólica, la diócesis, la parroquia, etc...], que los teóricos del Derecho y la Ciencia Política laicos aprovecharon, dado que –frente a los modelos ofrecidos por el Derecho secular– las formas de personificación canónicas admitían la figura de la “*corporation sole*” o persona jurídica formada por un sólo hombre⁽⁶⁵⁷⁾.

Con posterioridad, se desarrolla la denominada “*teoría del Fisco*”, concepción procedente del Derecho Romano, que fue objeto de una reelaboración o reformulación por los juristas alemanes teóricos del absolutismo, y que ve en el Fisco “*un patrimonio separado*”⁽⁶⁵⁸⁾ al cual se reconoce la condición de “*persona ficta*” que opera en el plano patrimonial –el Fisco no tiene poder público, sólo patrimonio–, y no en el de la soberanía [ésta pertenece al Estado, que no tiene patrimonio, sino solamente poder público]⁽⁶⁵⁹⁾.

Más tarde, aún –y asimismo en Alemania–, ALBRECHT⁽⁶⁶⁰⁾, seguido más tarde por GERBER, desarrolla una nueva teoría que se caracteriza por tratar de eludir el recurso a categorías y conceptos jusprivatistas, para basar la personalidad jurídica –que se atribuye al *Estado*–, en su condición de personificación del Pueblo: como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “[p]ara GERBER el Pueblo se eleva, mediante el Estado, a la condición de persona jurídica, la más preeminente que conoce el Derecho”, ya que sólo mediante este expediente cabe construir todo el Derecho público, entendido como un Derecho regulador de relaciones entre los ciudadanos... y el Estado⁽⁶⁶¹⁾.

653 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 33.

654 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 33.

655 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 366.

656 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 366.

657 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., ps. 366 y s.

658 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 367.

659 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 367.

660 Fue ALBRECHT quien por primera vez aludió expresamente a la personalidad jurídica del Estado en una reseña publicada en 1837 en la revista *Göttinger gelehrte Anzeigen III*, a propósito de la obra de Maurenbrecher *Grundsätze des heutigen Deutschen Staatsrechts*. En dicha reseña expresó Albrecht la ya clásica frase: “*Nos vamos a ver obligados a representarnos el Estado como una persona jurídica*”.

661 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 368.

Así, escribe Gerber en sus “*Fundamentos de un sistema de Derecho político alemán*” (“*Grundzüge eines systems des deutschen Staatsrecht*”): “*El punto de vista jurídico en el estudio del Estado considera ante todo este hecho: que el pueblo se ha convertido, gracias al Estado, en colectividad jurídica, consciente de sí misma y capaz de querer o, en*

En Francia, fueron André HAURIOU y CARRÉ de MALBERG quienes más significadamente apoyaron el **dogma** de la personalidad jurídica del **Estado**. Así, HAURIOU señaló –en relación con la Administración pública– que el elemento fundamental del Estado, que no es otro que el que crea y garantiza los bienes, no se encuentra ni en el elemento del poder o de la soberanía, ni siquiera en la Ley, sino en las **instituciones**, que son portadoras de funciones trascendentes. Y, así, el propio **Estado**; dotado de personalidad jurídica real y no ficticia, merece ser calificado como una de esas “*instituciones*” (662). Nos hallamos, pues, ante la Doctrina francesa de la *Institución*, elaborada –en su origen– precisamente, en el ámbito del Derecho público. Esta teoría francesa de la Institución nació inspirada –como dije– en principios de técnica jurídica propios del Derecho *público*, desarrollados por la Escuela de Burdeos, capitaneada por Leon DUGUIT. En el seno de estas corrientes de pensamiento se elaboró la figura de la Institución, enfatizando la idea de que **los derechos e intereses privados quedan subordinados a los fines de los que es portadora la persona jurídica** –en principio– *pública* (663).

Mas, en el marco del “Estado democrático y de Derecho” –art. 1º, Const.Esp.– la soberanía se reconoce como residente en el “*pueblo*” (664). Por este motivo, tanto el poder legislativo, como el poder judicial, van referidos o atribuidos o ejercidos en nombre de “*el Pueblo*” (665).

Pero si el Estado no tiene personalidad jurídica, los Poderes Públicos precisan de recurrir a las técnicas de personificación, precisamente para poseer un polo subjetivo al que hacer intervenir, como parte; como elemento personal, en las relaciones jurídicas pertinentes al Derecho público. Así, en el caso de las relaciones jurídico-públicas *generales* o *comunes*, el sujeto, la *persona* jurídica es la **Administración**, entendida como “*una organización instrumental*” que “*actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula por contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales*” (666).

En consecuencia –como resulta de lo dispuesto en el **art. 38, CC.**– la Administración General del Estado, en tanto que “*persona jurídica*”, puede “*adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones*”, lo que equivale a tanto como a decir que **puede celebrar contratos**, ya que el Contrato es una de las principales –si no la más importante– de las fuentes de las obligaciones [**art. 1089, CC.**]. De hecho, las Administraciones públicas de toda índole, estatales, autonómicas o locales; territoriales, corporativas o institucionales, desarrollan una intensa actividad contractual; celebran contratos para lograr sus fines. La Administración Pública puede desarrollar una actividad “*convencional*”, que incluye la celebración de negocios jurídicos plurilaterales convencionales, de diferentes tipos: conciertos interadministrativos, tratados, acuerdos... y –¡Cómo, no!– también celebrar contratos, porque el concepto de “*contrato*” nunca ha exigido la igualdad legal de las partes, sino –todo lo más– la equivalencia de prestaciones y –por encima de todo– la concurrencia bi– o plurilateral de voluntades concordes con intención de comprometerse (667).

otros términos, que el pueblo se eleva mediante el Estado, a personalidad jurídica”. Afirma también que “*La condición previa de toda construcción jurídica del Derecho Político es el concebir el Estado como persona jurídica*”.

662 HAURIOU, M.: “*Obra escogida*”, trad. esp. por A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado, Madrid, 1976, ps. 84 y ss. ALLÍ ARANGUREN, J.-C.: “*Derecho administrativo y globalización*”, edit. THOMSON – CIVITAS, S.L., Madrid, 2004, ps. 48 y ss.

663 Sin embargo, el desarrollo pleno de la teoría llegaría con la obra de Maurice HAURIOU, quien considera que «*una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le da una serie de órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de tal idea, se producen manifestaciones de comunión, dirigidas por los órganos del poder y reglamentadas por procedimientos*».

664 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 33.

665 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 34.

666 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*Curso...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 34.

667 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “*El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*”, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1996, ps. 108 y ss. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.: “*Capítulo XII: Los Contratos de la administración Pública*”, en PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. Y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: “*Manual de Derecho Administrativo*”, t. I, edit.

Otras entidades públicas dotadas de personalidad jurídica son las Comunidades Autónomas, las Provincias y los Municipios, que –junto con el Estado– son entes de base territorial. También, existe la Administración *institucional*; la formada por organismos y entes de diversa índole. En este sentido, p.e., el **art. 3º, nº 1** de la **Ley nº 30/2007, de Contratos del Sector Público**, establece que:

“A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Los organismos autónomos.

c) Las Universidades públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

ARIEL, S.A., 5 ed. Corregida aumenada y puesta al día, Barcelona, 1998, p. 773. RIVERO ORTEGA, R.: “Administraciones Públicas y Derecho Privado”, edir. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A., Madrid/Barcelona, 1998, ps. 173 y ss.

e) las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1ª Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2ª que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

En cambio, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales”.

Lo que de aquí se deduce, en apariencia, son dos conclusiones; a saber: por una parte, que el perímetro del Derecho Administrativo en sentido material –de las relaciones jurídicas sometidas al Derecho Administrativo– es más amplio que el que abarcaría el conjunto de las “Administraciones públicas”, en sentido estricto. Mas, por otra, que el hecho de que el perímetro del Derecho Administrativo en sentido material extravase de estricto ámbito de las “Administraciones públicas”, extendiéndose a las relaciones en que intervienen otras entidades que forman el “sector público”, no significa que esas entidades sean personas jurídicas de Derecho público.

Sea como fuere, por amplio que sea el ámbito subjetivo contemplado por este artículo, ciertamente no abarca –o, por lo menos, no alude con suficiente claridad– a todas las formas de personificación jurídica existentes: además de la Administración General del Estado, habría que hacer referencia a los “organismos públicos” vinculados o dependientes de ella, a los que el art. 42, nº 1, LOFAGE. también reconoce personalidad jurídica diferenciada, así como –por lógica– igualmente patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión, pudiendo –a su vez– adoptar la forma, bien sea de organismos autónomos, o bien de “entidades públicas empresariales” [art. 43, LOFAGE.], que se encuentran plenamente sometidas al Derecho público.

II.– LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES Y OTRAS FORMAS MERCANTILES DE EMPRESA, SUS CONDICIONES Y LÍMITES.

II.1.– INTRODUCCIÓN: LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES.

La personalidad de las sociedades –concretamente, y sobre todo, mercantiles– y la personificación jurídica de otras formas de empresa [o de empresario], de estructura no asociativa [fundaciones-empresa, cajas de ahorros], constituye, salvo alguna excepción aislada –como el Condominio naval o la Unión Temporal de Empresas [UTE.]⁽⁶⁶⁸⁾–, la técnica de que se vale el Ordenamiento para dar respuesta al fenómeno de los operadores económicos colectivos o patrimonial-institucionales, en su ciclo de presencia en el mercado. Las sociedades y fundaciones mercantiles, por esa misma condición, se benefician del reconocimiento constitucional, no sólo de la Libertad de Asociación [art. 22, Const. Esp.] y de Fundación [art. 34, Const.Esp.], sino también de la Libertad de Empresa [art. 38, Const. Esp.]; derecho subjetivo de contenido muy complejo, que puede ser descompuesto analíticamente en múltiples facultades. Entre ellas, se halla la libertad de acceso y permanencia de los empresarios en el mercado, y de salida o abandono del mismo. Y –a su vez– la libertad de acceso y permanencia de los empresarios en el mercado incluyen la libertad de [auto-]organización; la libertad de adoptar una forma organizativa entre una multiplicidad –luego se verá si mayor o menor, si abierta o cerrada– de formas organizativas distintas. De este modo, siendo las sociedades y fundaciones mercantiles formas jurídicas de organización de la empresa, su propio ciclo vital –su constitución, sus modificaciones, su

668 El art. 7º, nº 2, de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional [LRFAUTES.] resulta bien claro, al respecto, al establecer que “la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia”

disolución, liquidación y extinción...— *concide*, siquiera de modo parcial, *con el propio ciclo vital de la empresa*, como *ciclo de presencia en el mercado*. Ahora bien; esa libertad de acceso y permanencia de los empresarios en el mercado, manifestada en la *libertad de organización*, llega a su plenitud, en la medida en que lo que hace el Ordenamiento jurídico es reconocer a las *organizaciones creadas*, la condición de *sujetos* de derecho, precisamente porque el Derecho mercantil pretende depararles la aplicación de su *normativa estatutaria*, cual si de *sujetos pasivos* de los deberes de status se tratase: porque son *sujetos* de Derecho.

Si el Derecho de sociedades —término que emplearemos, ahora, en sentido amplio, inclusivo de las personas jurídicas de base patrimonial/institucional; es decir como una especie de Derecho “*de corporaciones*”— tiene por objeto regular las *organizaciones* privadas, de carácter voluntario, basadas en la agrupación negocial de personas o la afectación finalista de patrimonios ⁽⁶⁶⁹⁾, no está de más señalar que el culmen de esa condición de organizaciones viene dado cuando las sociedades y fundaciones —patrimonios afectos a un fin— alcanzan personalidad jurídica; es decir: a partir del momento en que pasan a ser sujetos de Derecho, y no meras relaciones intersubjetivas de origen contractual o negocial; cuando —si se me permite expresarlo así— *pasan del vínculo, a la persona*. En algún país —como El Perú—, este proceso ha llegado al “*summum*” —quizá, en exceso— porque el Derecho de sociedades peruano ha *enfaticado* hasta el extremo *la dimensión organizativa* y mira a las sociedades, más que como negocios jurídicos —contratos—, como organizaciones dotadas de *personalidad jurídica* [art. 6º de la Ley General de Sociedades peruana], y si bien conoce supuestos de asociación sin personificación del ente asociativo, lo cierto es que da la impresión de que —en la sistemática de la Ley— constituyen supuestos de importancia secundaria ⁽⁶⁷⁰⁾.

Pero la persona-sociedad o la persona-fundación, no son personas humanas, físicas; no son *seres humanos*, sino que son personas *jurídicas*, morales; son personas *ficticias*, lo cual tiene como consecuencia la imposibilidad de predicar de ellas una existencia y unos atributos que sólo los seres humanos pueden tener: como decía CHESTERTON: “*las personas jurídicas son entes sin corazón con qué sentir; ni alma que salvar; ni trasero donde darles una patada*”, mientras que —en otro tono— RIPERT decía: “*yo jamás he invitado a cenar a una persona jurídica*”. Y, por nuestra parte, quisieramos añadir que sólo en el caso de las personas físicas se habla de “*seres*” [los *seres humanos*], calificativo que —al parecer— no se emplea cuando se habla de las personas jurídicas.

II.— LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES COMO “FICCION JURÍDICA”

En las comunidades políticas mínimamente organizadas, la tendencia eterna de los seres humanos a *unirse* con el objeto de *alcanzar fines que no podían conseguir aisladamente*, ha dado lugar a la constitución de *organizaciones*, que —cuando, y desde que, el Derecho les ha deparado su tutela y reconocimiento— se han convertido en poderosos instrumentos de progreso ⁽⁶⁷¹⁾. Mas, sucede que esa tutela y ese reconocimiento se han manifestado en la *atribución a estos grupos y entidades de la*

669 En una interesante monografía sobre los empresarios fundacionales, se señala que la personalidad jurídica de la fundación/empresa posee un carácter institucional, y se aclara esta afirmación señalándose que el substrato de este tipo de persona jurídica no está formado por una agrupación de personas, sino por un “fin” a realizar [Vid. — VALERO AGUNDEZ, U.: “*La Fundación como forma de Empresa*”, edit. SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID, Valladolid, 1969, p. 131].

670 GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “El Derecho de sociedades en el Perú: un análisis comparativo”, en “*Ita Ius esto*”,

671 LANGLE RUBIO, E.: “*Manual de Derecho mercantil español*”, t. I, edit. BOSCH, Barcelona, 1950, p. 377. Por su parte, Von THUR, A.: “*Derecho Civil*”, t. I, “*Las Personas*”, trad. directa del alemán, por T. Ravá, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A., Madrid/Barcelona, 1999, p. 371, señalaba que “*junto con los fines individuales hubo siempre —en mayor grado a medida que aumentaba la cultura— fines generales; el Hombre está dispuesto a invertir parte de sus bienes en ellos...*”, y el orden jurídico permite al individuo “*separar definitivamente de su esfera jurídica ciertos elementos patrimoniales para dedicarlos a un fin independiente de sus ulteriores cambios de voluntad...*”, lo cual explica, p.e., el fenómeno de la asociación.

—¿misma? (672)— condición de “*personas*”, que se les reconoce a los seres humanos; se las ha considerado, en sí mismas, como personas autónomas; como sujetos de derecho capaces, con existencia y patrimonio propios, separados de los patrimonios de sus miembros o fundadores (673), recurriendo a lo que ha sido descrito como una “*técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas, mediante el reconocimiento por el Ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos, así como de obligaciones*” (674); es decir: la separación patrimonial entre el ente y sus miembros; la autonomía de patrimonios: en definitiva, la Personalidad Jurídica, como algo distinto de la mera suma de los socios componentes de la sociedad (675). En este sentido, la Doctrina de la Personalidad Jurídica ha constituido, desde siempre y en todo momento, una “*construcción encaminada a resolver problemas prácticos*” (676) y que —por lo mismo— presenta interesantes ventajas, que —en cierta medida— son las muy parecidas, o casi, a las ventajas y finalidades que tienden a satisfacer las sociedades: ante todo, los partícipes quedan reunidos en una estructura organizada; agrupados en una estructura organizativa (677), cuya estructura permite, en muchos casos, que ciertas decisiones sean adoptadas por mayoría, y que no requieran unanimidad. Pero, en segundo lugar —y lo que es más importante—, la Persona jurídica goza de independencia respecto de sus miembros, lo

- 672 Sobre la cuestión de si la “Personalidad jurídica” es, o no es, comparable a la “Personalidad” de los seres humanos, vid. JAEGER,P-G. y DENOZZA,F.: “*Appunti di Diritto commerciale*”, t. I, “*Impresa e Società*”, edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, 3ª ed., Milán, 1994, ps. 135 y s.
- 673 ALONSO ESPINOSA,F.J. y SÁNCHEZ RUIZ,M.: “Lección 1ª.: Teoría General de Sociedades”, en ALONSO ESPINOSAF.J., LÁZARO SÁNCHEZ,E.J., ALFONSO SÁNCHEZ,R. DE LA VEGA GARCÍA,F.L., SÁNCHEZ RUIZ,M. y FARIAS BATLLE,M.: “*Curso fundamental de Derecho mercantil*”, t. II, “*Derecho de Sociedades*”, edit. FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN ANTONIO, 1ª ed., Murcia, 2004, ps. 32, 37 y ss.
- 674 GUYON,Y.: “*Droit des affaires*”, t. I, «*Droit commercial général et Sociétés*», edit. ECONOMICA, 8ª ed., Paris, 1994, p. 130, quien señala que —en términos generales— “*la personalidad es la aptitud para devenir sujeto de derechos y obligaciones*”. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ,M.: «La Personalidad jurídica del Comerciante Social», en «*Estudios de Derecho mercantil. (La Empresa y el empresario – Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles – Uniones de empresas y sociedades)*», t. I, edit. EDITORIAL DE DERECHO FINANCIERO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, 2ª ed., revisada, corregida y puesta al día, Madrid, 1977, p. 167.
- 675 GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,J.: “*Tratado de Derecho mercantil*”, t. I, vol. 1º, Madrid, 1947, p. 456, quien señala que “*la Sociedad no es la suma de los socios, sino algo que está por encima de ellos, rebasando su personalidad física*”. DE BENITO MAMPEL,J.L.: “*La personalidad jurídica de las compañías y sociedades mercantiles*”, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, s/f., p. 34. Sobre la “*autonomía patrimonial*”, como factor fundamental, en la caracterización de la Persona jurídica, e incluso como *sustitutivo* de dicha noción, vid. CASANOVA,M.: “*Impresa e Azienda*”, en el “*Trattato di Diritto civile italiano*”, t. Xº, vol. 1º, fasc. 1º, dir. por F.Vasalli, edit. UTET., Turín, 1974, ps. 157 y 173. JAEGER,P-G. y DENOZZA,F.: “*Appunti di Diritto commerciale*”, t. I, “*Impresa e Società*”, edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, 3ª ed., Milán, 1994, p. 136. GUYON,Y.: “*Droit des affaires*”, cit., t. I, 8ª ed., cit., p. 130, quien señala que esta aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas no la poseen solamente las personas físicas, sino que también le corresponde a ciertas agrupaciones y organizaciones, a las que se califica —precisamente— como “*personas jurídicas*”. LE GALL,J-P.: “*Droit commercial. Les groupements commerciaux...*”, cit. 14ª ed., p. 7. FARRAR,J.H., FUREY,N., HANNIGAN,B. y WYLIE,O.P.: “*Company Law*”, edit. BUTTERWORTHS, Londres, 1985, p. 70, quienes hablan de “*una persona de personas*” [“*a body of bodies*”]. MORSE,G.: “*Charlesworth & Morse Company Law*”, cit., 14ª ed., p. 6, quien señala que de acuerdo con el Derecho inglés, una “*registered company*” es una “*corporation*”; es decir: que a los ojos de la Ley, se trata de una persona, distinta de las personas de sus socios. MAYSON,S., FRENCH,D. y RYAN,Ch.: “*Company Law*”, edit. OXFORD UNIVERSITY PRESS, 22ª ed., Oxford, 2005, p. 3. HANSMANN,H. y KRAAKMAN,R.: “*The essential Role of Organizational Law*”, en *YLJ.*, 2000, vol 110, nº 3, diciembre, p. 393.
- 676 HOUPIN,C. y BOSVIEUX,H.: “*Traité général, théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales et des associations (avec formules)*”, t. I, edit. ADMINISTRATION DU JOURNAL DES NOTAIRES ET DES AVOCATS/LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL SIREY, 5ª ed., Paris, 1919, p. 65. ESCARRÁ,J.: “*Cours...*”, cit., 2ª ed., p. 324, quien afirmaba que la noción de la “*Personalidad jurídica*”, en materia de sociedades mercantiles, se había desarrollado “*bajo la influencia de las exigencias prácticas*”. Por su parte, DÍAZ MUYOR,M.: “*La reactivación de la Sociedad Anónima disuelta*”, edit. MARCIAL PONS, Madrid, 1994, p. 11, afirma —tomando palabras de CHIO-MENTI— que “*el Ordenamiento no regula la personalidad jurídica como un fenómeno social, sino en función de un fenómeno social*”. VICENT CHULIÁ,F.: “*Compendio crítico de Derecho mercantil*”, t. I, vol. 1º, “*Comerciantes, Sociedades, Derecho Industrial*”, edit. J.Mª.BOSCH, EDITOR,S.A., 3ª ed., Barcelona, 1991, p. 314.
- 677 BROSETA PONT,M.: “*Manual...*”, cit., 10ª ed., p. 190, quien afirma que los socios “*más que parte de un contrato, son miembros de una asociación o corporación dotada de personalidad jurídica*”. HAMILTON,R.W.: “*The Law of Corporations in a nutshell*”, edit. WEST PUBLISHING Co., 2ª ed., St.Paul (Minn), 1987, p. 48.

cual supone que –en mayor o menor medida– su existencia puede no coincidir con la existencia de la personalidad de sus socios ⁽⁶⁷⁸⁾, y –además– se desliga de la presencia de ciertos socios determinados ⁽⁶⁷⁹⁾. Otra consecuencia de que la Persona jurídica goce de independencia respecto de sus miembros, es que le es reconocida una propia “*capacidad*” –se dice que, tanto jurídica, como “de obrar”– y una “*voluntad*” propia, que –en su caso– puede formar gracias a la existencia de “*órganos*”; que posee su propio patrimonio, que es distinto de los patrimonios de los socios, y que no puede ser atribuido a éstos, ni siquiera en términos de cotitularidad, y que la responsabilidad de los partícipes queda –en ciertos casos, aunque no en todos– limitada a sus aportaciones... ⁽⁶⁸⁰⁾.

El CCo./1885, así como el CC./1889, por influencia francesa, reconocen, ambos, la *personalidad jurídica de las sociedades* –y también de las *fundaciones* ⁽⁶⁸¹⁾, que nada impide que puedan adquirir la condición de “*empresarios*” ⁽⁶⁸²⁾–, y lo hacen en términos de amplitud y generalidad, ya que se la atribuyen o reconocen que pueden poseerla *todas* las sociedades, cualquiera que sea el tipo o estructura organizativa que adopten. En este sentido, ya he señalado que el art. 116, CCo.esp. dispone que la Sociedad –cualquier sociedad mercantil, por lo menos–, “*una vez constituida..., tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos*”; circunstancia que nos sitúa en la misma línea que el Derecho francés, que también reconoce a las sociedades de personas, en general, personalidad jurídica propia ⁽⁶⁸³⁾, separándonos del modelo anglosajón, germano e italiano, toda vez que las sociedades de personas, ni en Inglaterra ⁽⁶⁸⁴⁾, ni en Alemania, ni en Italia poseen personalidad jurídica –cosa que recientemente ha sido objeto de crítica ⁽⁶⁸⁵⁾–, aunque sí puedan tener reconocido un cierto grado de autonomía patrimonial ⁽⁶⁸⁶⁾. Obsérvese que, en un momento dado, el art. 116, CCo.esp. deja de hablar del “*Contrato de Compañía*”, para referirse directa y exclusivamente a “*la compañía*”, como si esta última fuese –y lo es, sin duda– algo distinto del contrato del que surge. De este modo, las sociedades más dispares en naturaleza y estructura pueden venir a coincidir en poseer, para el legislador español, la condición de personas jurídicas; de sujetos de derecho ⁽⁶⁸⁷⁾. Y esta circunstancia, obliga a adoptar uno de estos dos criterios: O bien el legislador ha reconocido *varios grados diferentes de intensidad en la personificación*, lo que permitiría distinguir entre personas jurídicas *perfectas* o plenas y personas jurídicas *imperfectas* o menos plenas, a las que –siquiera en el Derecho español– no sería posible negarles la condición de tales personas jurídicas, porque ello equivaldría a contradecir de forma flagrante y sin base suficiente, lo dispuesto en preceptos tales como los arts.

678 HAMILTON,R.W.: cit., 5ª de., p. 47.

679 HAMILTON,R.W.: cit., 5ª de., p. 47. Señalan FARRAR/FUREY/HANNIGAN.: “*Company Law*”, cit., 3ª ed., p. 70, que la legislación societaria inglesa más antigua no era clara ni taxativa, a este respecto: se limitaba a señalar que los suscriptores –de acciones y participaciones– formaban entre si una “*incorporated company*”, pero sin aclarar, de forma más detallada, las consecuencias de esta afirmación.

680 GUYON,Y.: “*Droit des affaires*”, cit., t. I, 8ª ed., cit., ps. 130 y s.

681 Hoy las fundaciones se rigen por la Ley nº 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones [LFund./2002], que –como su antecedente la LFund./1994– regula los aspectos organizativos de la Fundación, sin duda inspirándose en el modelo de la regulación de la Sociedad Anónima.

682 SÁNCHEZ CALERO,F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22ª ed., p. 61.

683 SÁNCHEZ CALERO,F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22º ed., p. 236. JUGGLART/IPPOLITO.: cit., t. II, 9ª ed., p. 283.

684 MORSE,G.: “*Charlesworth & Morse Company Law*”, cit., 14ª ed., p. 6, quien señala que en Inglaterra el término “*company*” no solamente incluye a aquellas que merecen el calificativo de personas jurídicas [“*corporations*”], sino que también abarca a entes como las “*partnerships*”, que **no son personas jurídicas**, cuando menos en el caso de la “*Partnership*” inglesa, sino la mera relación entre los miembros de dicha sociedad.

685 DI SABATO,F.: “*Manuale...*”, cit., 6ª ed., ps. 25 y s.

686 CASANOVA,M.: “*Impresa e Azienda*”, cit., ps. 173 y s., quien señala que el actual Ordenamiento jurídico italiano le reconoce a todas las sociedades, tanto civiles como mercantiles, la autonomía patrimonial, pero –por el contrario– no todas las sociedades mercantiles (“*società commerciali*”) poseen ese grado máximo de autonomización, que es la personalidad: carecen de élla las sociedades colectivas las comanditarias simples, poseyéndola –en cambio– las sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada.

687 DE LA CÁMARA ÁLVAREZ,M.: “La Personalidad jurídica...”, cit., en “*Estudios...*”, t. I, 3ª ed., p. 167, quien señala que las sociedades mercantiles, en el Derecho español, gozan de personalidad jurídica.

35 y ss. y 1669, CC. esp., y 116, CCo. (688), o bien el concepto de Persona Jurídica debe reducirse al *mínimo común denominador*, que ya no podrá ser la autonomía patrimonial, porque ciertamente *hay sociedades en las que existe comunicación* entre el Patrimonio “social”, y los patrimonios “de los socios”, sino la aptitud para ser *sujeto de relaciones jurídicas* (689). Y es que –como señaló DE LA CÁMARA– “no basta saber que la Sociedad es persona jurídica y, por tanto, comerciante. Es menester plantearse toda una serie de cuestiones que giran en torno a esa idea central”; a saber: primero, el significado y alcance de la atribución de personalidad. En segundo lugar, los requisitos que la Sociedad ha de reunir para alcanzar la personalidad y –por último– la situación de las sociedades que no han reunido tales requisitos y, por tanto, carecen de personalidad (690). Y estas afirmaciones podría extenderse, asimismo, a la *Fundación*, a la que el art. 3º de la Ley nº 50/2002, de Fundaciones [LFund./2002], reconoce la personalidad jurídica, que nace desde el momento de la “*inscripción de la escritura de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones*”.

Ahora bien; las reacciones de los estudiosos del Derecho –y, como veremos, también, aunque en términos muy diferentes, de los Tribunales de Justicia y demás Poderes Públicos– frente al fenómeno de las personas jurídicas, fueron diversas y hasta contradictorias. Hubo quien, directamente, *negó* la existencia de tales “*personas*”. Tal fue el caso de autores como ASCARELLI, GALGANO ó D’ALESSANDRO, así como HÖLDER y BINDER (691), y, de acuerdo con ellas, la Persona jurídica no es sino una forma de expresar un dato de la experiencia y, por tanto, se trata de una *ficción verbal*, que simplemente indica una esfera determinada de los negocios jurídicos de varias personas, que tienen en común una normativa especial, de forma que la actuación de la Sociedad personificada no es sino la actuación de los propios socios, *amparados en el Ordenamiento jurídico que les permite una forma especial de actuar* (692).

Por el contrario, iusnaturalistas como GROCIO y PUFFENDORF –seguidos, más tarde, por autores como Otto Von GIERKE, ZITTELMANN, BESSELER o GENY–, sostuvieron que el pueblo o la ciudad tenían un “*cuerpo moral*”; una característica sustantiva, que hacía de ellos “*personas*” [las personas *morales*], lo cual se tradujo en la aparición de un conjunto de teorías denominadas biologicistas, organicistas o realistas, de acuerdo con las cuales las personas jurídicas son verdaderas realidades orgánicas; las personas jurídicas son “*entes*” en el sentido de que poseen una existencia propia, que el Ordenamiento reconoce, pero no inventa, porque se trata de una realidad que le viene dada como hecho; que –lo mismo que las personas humanas– poseen una anatomía y una fisiología comparables –algunos las compararon– a las del cuerpo y la mente humanos. Así, para Otto Von GIERKE –cuyo criterio aplicaron SALEILLES, en Francia, o DE BENITO, entre la Doctrina española, a las sociedades anónimas (693)–, la Persona jurídica es una *realidad*; un *organismo vivo*; un cuerpo con sus

688 DE CASTRO y BRAVO, F.: “La Persona Jurídica”, en “*La Persona Jurídica*”, edit., CIVITAS, S.A., 2ª ed., Madrid, 1984, ps. 268 y s. SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22ª ed., p. 236.

689 LE GALL, J.-P.: «*Droit commercial. Les groupements commerciaux...*», cit., 14ª ed., p. 7.

690 DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “La Personalidad jurídica...”, cit., en “*Estudios...*”, t. I, 3ª ed., p. 167.

691 A los que parece haberse sumado –en cierto sentido– CARBAJO CASCÓN, F.: “*La Sociedad de capital Unipersonal*”, edit. ARANZADI EDITORIAL, S.A., Elcano (Navarra), 2002, ps. 188 y s., quien señala que debe procederse a una “*relativización del concepto de persona jurídica*”, en el sentido de que la misma debe ser interpretada o concebida como un “*nomen iuris legislativo*”, desprovisto de esencia ontológica y dotado de un carácter meramente instrumental, consistente en “*la descripción de modos particulares de titularidad y ejercicio de los derechos subjetivos, sin romper el esquema clásico de atribución individual de los mismos*”.

692 En el Derecho norteamericano, vid. HAMILTON, R. W.: cit., 5ª de., ps. 2 y ss. y 49, quien parte de la crítica a la teoría de la “*ficción*”, tal como fué planteada por su impugnador –en la literatura jurídica norteamericana– HOHFELD, para afirmar que, bajo la noción de “*legal entity*” se esconde una forma simple de aludir a un “*instrumento por medio del cual varios individuos llevan a cabo el ejercicio de una empresa o negocio, y los mismos individuos u otros, comparten los beneficios o las pérdidas resultantes*”. En la Doctrina española, recientemente, MORA ALARCÓN, J. A.: “*Sociedad Civil y Comunidades de bienes (Doctrina, Jurisprudencia, formularios y legislación. Aspectos civiles y fiscales)*”, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1998, ps. 31 y s.)

693 Vid. Ref. en PRAT y RUBI, J.: “*Intervención de la Persona Jurídica en el Juicio de Quiebra*”, edit. LIBRERÍA BOSCH, Barcelona, 1985, p. 20, quien señala cómo SALEILLES y DE BENITO señalaron –respecto de la Sociedad Anónima– que, si bien las sociedades personalistas no eran –en realidad– personas jurídicas independientes

órganos, funciones y voluntad particular, distintos de los de cada uno de sus componentes: “*su alma está en la voluntad común, su cuerpo en el organismo asociativo*”, siendo así –porque la experiencia de las ciencias sociológicas lo demuestra– que la voluntad del grupo es diferente de la suma de las simples voluntades de cada uno de sus miembros ⁽⁶⁹⁴⁾.

Actualmente, estas concepciones realistas o biologicistas han sido completamente abandonadas; ya no se asimila la persona jurídica a la persona humana; ya no se pretende apreciar ninguna hipotética realidad biológica, equiparable a la de los seres humanos ⁽⁶⁹⁵⁾, únicos sujetos –decía IHERING– que poseen *existencia corpórea y capacidad de querer y de actuar*. Ahora se considera –de forma generalizada– que la personalidad jurídica es *una ficción* ⁽⁶⁹⁶⁾ reconocida por el Derecho positivo ⁽⁶⁹⁷⁾.

Pero, a la inversa, tampoco se puede sostener que la Persona Jurídica sea una simple ficción. O mejor dicho, y para ser más precisos– que sea una simple ficción “*verbal*”. Ciertamente, la Persona Jurídica es una ficción, pero se trata de una verdadera ficción “*jurídica*” ⁽⁶⁹⁸⁾, y no un mero “*flatus vocis*”; no se trata de un simple mudar las palabras, para describir un mismo fenómeno. Muy por el contrario, si una Ficción jurídica *ficción jurídica* es la noción que designa el procedimiento de la técnica jurídica mediante el cual, por ministerio de la Ley, “*se toma por verdadero algo que no existe o que podría existir, pero se desconoce, para fundamentar en él un derecho, que deja de ser ficción para conformar una realidad jurídica*”, entonces no cabe la menor duda de que esto es lo que sucede con la Persona Jurídica; con la personalidad jurídica de Derecho privado, de las sociedades y fundaciones mercantiles. No es, sólo, que bajo la expresión “*persona jurídica*” se abrevie la referencia, p.e., al conjunto de personas organizado en sociedad, sino que –a efectos legales– *verdaderamente se reconoce que existe un sujeto diferente*, susceptible –siquiera hasta cierto punto– de ser considerado

y distintas de las personas de los socios, este criterio no es extensible a las sociedades por acciones, en las cuales los bienes de la Sociedad constituyen “*un patrimonio totalmente independiente y separado del personal de cada uno de los elementos individuales que componen la Sociedad*”.

694 Defendida por la escuela de Otto Von GIERKE, se trata de una teoría según la cual, las personas jurídicas son realidades orgánicas, dotadas de vida orgánica y voluntad propia. Hay, en este sentido, una exigencia real de que los sujetos de derecho se agrupen en organismos pluripersonales, para conseguir determinados fines [Vid. ref. en DE CASTRO y BRAVO, F.: “La Persona Jurídica”, ps. 263 y s. Von THUR, A.: “*Derecho Civil*”, cit., t. I, p. 373, citando a BESSELER y Von GIERKE. GUYON, Y.: “*Droit des affaires*”, cit., t. I, 8ª ed., p. 131, quien señala –aludiendo a las opiniones de GENY– que el factor revelador de la existencia de personalidad es la voluntad. PRAT y RUBI, J.: “*Intervención de la Persona Jurídica...*”, cit., p. 20, quien señala que esta teoría logró –en España– la adhesión, siquiera limitada o temporal– de autores como DE CASTRO y ALBALADEJO. Aparentemente, en la Doctrina italiana, este teoría fue defendida por VIVANTE, C.: “*Tratado...*”, cit., t. II, 1ª ed., trad esp. de la 5ª ed. it., p. 8, quien señalaba que la Ley reconocía, pero no creaba, a las personas jurídicas: “*la Ley –decía el prestigioso mercantilista italiano clásico– reconoce como sujeto de derecho a un ente que ya existe en la realidad*”].

695 LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 378.

696 SORIANO DÁVILA, S.A.: “La Norma fundante como ficción jurídica y su relación con la construcción social de la realidad”, ps. 257 y 260, en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt13.pdf>>, quien señala que “*la ficción es una construcción cognoscitiva que contradice la realidad misma que tiene por objeto conocer*”, insistiendo en que es característico de las ficciones su contradicción con la realidad, ya que se trata de una “*desviación consciente de la realidad*”.

697 Como certeramente dicen EASTERBROOK, F.H. y FISCHER, D.R.: “*The Economic Structure of Corporate Law*”, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 4ª reimp. de la 1ª ed., Cambridge (Mass.)/Londres, 1991/1998, p. 12, “*la personalidad de una sociedad de capitales es una cuestión de conveniencia más que una realidad*”. Por su parte, GUERRA MARTÍN, G.: “*El Gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el Movimiento de Reforma del Derecho Europeo*”, edit. THOMSON – ARANZADI, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 69, cita una “*opinion*” del Juez J MARSHALL, en el Caso *Dartmouth College c. Woodward* [1819]: “*una ‘corporation’ es un ser artificial, invisible, intangible y que existe sólo en virtud del Derecho*”.

698 HERNÁNDEZ MARÍN, R.: “Ficciones jurídicas”, en “*Doxa*”, 1986, nº 3, p. 141, en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02406177433793617422202/cuaderno3/numero3_11.pdf>, cuando señala que “[I]a expresión ‘*ficción jurídica*’ puede ser entendida al menos en dos sentidos: en un primer sentido significa ‘*ficción legal*’; en un segundo sentido significa ‘*entidad jurídica fingida o ficticia*’”. El problema es que este autor, siguiendo a los realistas norteamericanos y, antes de ellos –incluso–, a su predecesor Jeremías BENTHAM, se muestra muy refractario a reconocer que, en el fondo, no haya –aquí– sino ficciones del lenguaje, aunque –quizá– de aquel tipo, identificado por BENTHAM, que solamente podían –y debían– ser eliminadas del pensamiento jurídico “*mediante paráfrasis*”.

separadamente de los sujetos que se han unido, para formarlo, y –sobre todo– *dotado de una propia aptitud para ser centro de imputación de relaciones jurídicas*.

Ahora bien; ¿sobre qué descansa la ficción y qué es exactamente lo que se finge? En nuestra opinión, cabría afirmar que, cuando se trata de personas jurídicas, la fisiología predetermina la anatomía; que –ciertamente– la función crea el órgano, y que la necesidad de actuación colectiva, justifica o fundamenta el reconocimiento legal de las personas jurídicas. Así, en cierto sentido, las personas jurídicas no son sino *funciones operativas* de las personas físicas, cuando actúan colectivamente o por medio de una afectación patrimonial, cuyas funciones –al desarrollarse– generan el nacimiento de *centros operativos*, formados por personas físicas, con el fin –precisamente– de que por medio de ellos se desarrollen, sucesivamente, esas funciones operativas. Por consiguiente, cuando se confrontan la Teoría de la Ficción y –su sedicentemente opuesta– Teoría de la Personalidad real, se lleva a cabo una confrontación dialéctica en términos incorrectos, porque aparecen mezcladas las cuestiones atinentes al fundamento, a la esencia y a los presupuestos de la personificación, cuando esas cuestiones o aspectos juegan en planos y momentos distintos, lo cual reduce sensiblemente el grado de oposición, de discordancia o de enfrentamiento. Ciertamente, *no existe* una Persona Jurídica como realidad natural, coexistente con la Persona Humana... La persona jurídica es algo que el Ordenamiento finge, porque quiere y puede hacerlo, y lo hace hasta allí donde el Orden público, la razón y la propia Ley, como expresión de la *voluntad del Ordenamiento de reconocer la personalidad jurídica*, lo permiten o lo prevén.

ii.1.– *¿Quién finge y cómo se “finge” la personalidad jurídica de las sociedades?*

Mas, si la Persona jurídica es algo que el Ordenamiento finge, porque quiere y puede hacerlo, parece oportuno aclarar que, cuando lleva a cabo esa ficción –*acción de fingir*–, la misma puede llevarse a cabo desde un doble plano:

a) *Normativo*: el Ordenamiento *establece* –porque *puede*– a qué entidades y en qué condiciones atribuirá personalidad jurídica, *expresando esta decisión a través del sistema de fuentes del Derecho objetivo*; básicamente, mediante leyes parlamentarias. En este plano, la Libertad del Ordenamiento es amplísima. Piénsese, p.e., que en el Derecho Foral de Navarra, se atribuye personalidad jurídica a la Casa.

En cambio, ninguno de los demás Poderes del Estado, ni ningún operador jurídico o económico particular, puede crear formas de personificación jurídica. Esto explica el “*fracaso*” de algunas supuestas personificaciones, hartamente conocidas en la práctica, a las que algunos han querido reconocer personalidad *moral*, para concluir que *no la poseían*: es el caso de las Masas Activa y Pasiva de la Quiebra o del Concurso, o es el caso del Buque. E incluso cabría señalar que es el caso, hasta cierto punto, de la Bolsa.

La problemática de la personificación de las “*masas*” concursales surge a partir del reconocimiento de las llamadas “*deudas de la masa*”: aunque existe un “*nomen iuris*” para los Créditos contra la Masa o Deudas de la Masa, formalmente *no hay* una *definición* legal de los mismos. Lo único que revela –p.e.– el art. 84, n° 1, de nuestra Ley Concursal, de 2003, es la relación de *recíproca exclusión conceptual* entre ellos y los créditos concursales: un crédito contra la Masa es un crédito no concursal, y un crédito concursal es aquél crédito contra el deudor común que no es un crédito contra la Masa. En estas circunstancias, cabe –una vez más– plantear la cuestión de si acaso para definir lo que sean estas “*Deudas de la Masa*”, no habrá que situarse en el ámbito de la cuestión de la Personalidad Jurídica; más propiamente: de la relación Persona/Patrimonio. Y en este sentido se han propuesto varias posibilidades, entre las cuales se hallan: primeramente, el personificar a la Masa Activa, haciéndola susceptible de asumir sus propias deudas, con ocasión –pero fuera– del Procedimiento concursal. Y, en segundo –pero no último lugar– el personificar a la Masa Pasiva, haciéndola susceptible de asumir sus propias deudas, con ocasión –pero fuera– del Procedimiento concursal. Ciertamente, la Masa Activa [“*property of the estate*”] posee personalidad jurídica [“*the bankrupt*”]

estate is a new legal entity, separate from debtor”], en el Derecho Concursal estadounidense, atribuyéndose la representación de la misma al “*trustee*” [Secc. 323, U.S.Bankruptcy Code], como sujeto legitimado activa y pasivamente en relación con el ejercicio de reclamaciones judiciales ⁽⁶⁹⁹⁾. Mas, por el contrario, el Ordenamiento jurídico español no ha reconocido personalidad jurídica a la Masa Activa, como tal ⁽⁷⁰⁰⁾. Debido, probablemente, a razones similares a las que expondré seguidamente, la Masa Activa carece de personalidad propia, en nuestro Ordenamiento; más en concreto: no parece que la Masa Activa pueda quedar enmarcada dentro de la figura de la Fundación, aunque sí pueda ser calificada como un patrimonio separado ⁽⁷⁰¹⁾.

Tampoco la Masa *Pasiva* es ningún *sujeto* de Derecho; ni lo fue durante la vigencia del Derecho Concursal anterior, ni lo es –tampoco– ahora, ya que la Masa de Acreedores no parece que tenga cabida en el elenco de personas jurídicas del art. 35, nº 2, CC.esp: no es un ente fundacional, ni corporativo, ni asociativo; no se forma como consecuencia de la voluntad negocial de los acreedores, sino por ministerio de la Ley –“*la unión entre los titulares de créditos es un simple hecho procesal en función de la ejecución colectiva*”, dice BELTRÁN–, de modo que mal podría ser calificada como sociedad o como asociación, ni acceder a los canales de personificación de las mismas ⁽⁷⁰²⁾. Y, como claramente es de índole jurídico-privada, tampoco podrá ser considerada como una persona jurídica de índole corporativa. En cualquier caso, no hallando amparo en el art. 35, CC.esp./1889, tampoco existe ninguna disposición de nuestra Ley Concursal que le atribuya la condición de sujeto de Derecho.

Y, por lo que hace al *Buque*, aunque en su evolución histórica parece haber existido *una cierta tendencia* hacia su *personificación*; tendencia que se manifiesta, incluso, en determinados preceptos jurídico-positivos de nuestro Derecho vigente, como el art. 582, CCo.esp./1885, que habla de “*responsabilidades del Buque*”, o el art. 586, que habla de “*representar al Buque en el puerto en que se halle*”; como los arts. 827 y 828, que hablan del “*abordaje imputable al Buque*” ⁽⁷⁰³⁾, lo cierto es que todas esas referencias no pasan de ser formas elípticas de referirse al propietario del buque o al naviero, o al Capitán, como representante de este último, que son las personas a quienes han de imputarse estos derechos, obligaciones y responsabilidades ⁽⁷⁰⁴⁾. Por consiguiente, la supuesta “*personificación*” del Buque es algo que sólo cabe admitir con carácter metafórico ⁽⁷⁰⁵⁾. El Buque no es ningún

699 BLUM, B.A.: “*Bankruptcy and Debtor/Creditor: Examples and Explanations*”, edit. LITTLE, BROWN & CO., Boston/Toronto/Londres, 1993, p. 271. EPSTEIN, D.G.: “*Bankruptcy and Related Law in a Nutshell*”, edit. WEST PUBLISHING Co., 6ª ed., St.Paul (Minn.), 2002, p. 131.

700 BELTRÁN SÁCHEZ, E.: “*Las Deudas de la Masa*”, edit. PUBLICACIONES DEL REAL COLEGIO DE ESPAÑA, Bolonia, 1986, p. 87, quien señala que las construcciones personificadoras de la masa patrimonio son inadmisibles, entre otras cosas “*porque el conjunto de bienes del deudor común constituye objeto –no sujeto– de relaciones jurídicas*”. SOTO VÁZQUEZ, R.: “*Aspectos concursales del Patrimonio insolvente. Quiebras y concurso de acreedores*”, edit. COMARES, Granada, p. 334.

701 BELTRÁN SÁCHEZ, E.: “*Las Deudas de...*”, cit., p. 91. RAMÍREZ, J., CAMINALS, J.Mª. y CLAVÉ, F.: “*La Quiebra. Derecho Concursal español*”, t. II, edit. BOSCH, CASA EDITORIAL, S.A., Barcelona, 1998, ps. 940 y s., quienes señalaban –siguiendo a NAVARRINI– que la masa activa no podía considerarse “*constitutiva de una persona jurídica, por el motivo fundamental de que lo que debe constituir el patrimonio no ha salido de la esfera jurídica del quebrado*”, toda vez que –desde luego– “*pese al desapoderamiento, el quebrado sigue siendo propietario de sus bienes. Y, desde luego, en nuestro derecho positivo no existe precepto alguno que autorice a conceder o suponer personalidad jurídica a la masa activa o patrimonial*”.

702 BELTRÁN SÁCHEZ, E.: “*Las Deudas de...*”, cit., p. 92.

703 Incluso el art. 21, de la Ley nº 48/2003, de 26.11.2003, de Régimen económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General, establece un tributo cuyo hecho imponible se describe como “*la utilización por los buques de las aguas de la zona de servicio del puerto y de las obras e instalaciones portuarias fijas que permiten el acceso marítimo al puesto de atraque o fondeo...*”, bajo el título “*tasa del buque*” Como si los buques fueran sujetos agentes de conductas y sujetos de hechos imponibles.

704 MATILLA ALEGRE, R.: “*El Naviero y sus auxiliares. El Buque*”, edit. J.M.BOSCH EDITOR, S.A., Barcelona, 1995, p. 127. BROSETA PONT, M.: “*Manual de Derecho Mercantil*”, edit. TECNOS, S.A., 10ª ed., Madrid, 1994, p. 808.

705 GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: “*Curso de Derecho mercantil*”, t. II, 8ª ed., Madrid, 1983, p. 566. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Mª.I.: “*Abanderamiento y nacionalidad del Buque*”, en VV.AA.: “*Estudios de Derecho Marítimo*

sujeto de derechos, ni nunca lo será: por el contrario, es y sólo puede ser objeto de derechos, ya que “ninguna *taumatúrgia jurídica puede transformar en persona una cosa*”, que es precisamente la naturaleza con la que aparece revestido el Buque, en el art. 10º, CC.esp./1889, que lo incluye entre los bienes muebles; más precisamente, lo incluye entre los “*medios de transporte*” (706) o en el art. 573 o en el art. 585, CCo.

Finalmente, por lo que hace a la Bolsa de Valores, ésta –en España– ha recibido los calificativos más diversos: Había sido definida como “*establecimiento público*” [art. 64, CCo., derogado]; también fué llamada: “*institución económica*” [art. 1º, Reglamento de Bolsas, aprobado por Decreto nº 1506/1967, de 30 de junio], y –más recientemente– se le ha aplicado el calificativo de “*organización mercantil*” [E.M./RD. nº 726/1989]. Pero *nunca* se la ha calificado de *persona* [jurídica]: la Bolsa no es ningún sujeto de derecho; es evidente que *carece* de *personalidad* jurídica, pues, aunque se trata de establecimientos públicos [dicho sea en el sentido de que están abiertos al público] que gozan de cierta autonomía, lo cierto es que el Ordenamiento español jamás ha llegado a atribuirles personalidad jurídica; afirmación que viene avalada por lo dispuesto en preceptos, como los arts. 16 y 20, Regl.Bols. y los citados arts. 31-*bis* y 48, de la Ley nº 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su última versión de 2007 (707).

No faltaron, sin embargo, quienes pretendieron atribuir *personalidad jurídica* a la Bolsa, configurándola como un sujeto de derecho. Así, el italiano ROTONDI señaló que la Bolsa es un “*ente institucional*” [es decir, fundacional, y no asociativo], *dotado de personalidad* (708), pretendiendo encontrar apoyo en el propio Derecho positivo, pero tal postura fué rechazada por la mayoría de la Doctrina italiana, señalándose que, aun cuando el Estado podría –sin duda– haber dado preeminencia a los diversos elementos organizativos de las Bolsas, dando vida a un nuevo ente; a una persona jurídica, sin embargo el propio Derecho positivo italiano optó por la despersonalización, pues no cabe descubrir actos, poderes o dereres que estén atribuidos directamente a la Bolsa, como sucedería si se

en homenaje a Ricardo Vigil Toledo”, edit. J.M.BOSCH, EDITOR, S.A., Barcelona, 2000, p. 201.

706 En efecto: el precepto aludido de nuestro Código civil se refiere a la ley aplicable a la propiedad y derechos reales sobre los buques, aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, poniendo de manifiesto que el Buque aparece considerado legalmente como un “medio de transporte”, que –de conformidad con lo dispuesto en el art. 335, en relación con el art. 334, nº 9, CC.– podría ser considerado como “bien que se puede transportar de un lugar a otro” y, por tanto, como bien mueble, en el sentido –p.e.– del art. 531, Code civ.fr., o del art. 335, CC. [ARROYO MARTÍNEZ, I.: “Capítulo 105.: Estatuto jurídico del Buque y de la Aeronave”, en VV.AA.: “*Curso de Derecho mercantil*”, t. II, “*La Contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación*”, edit. CIVITAS, S.A., 1ª ed., Madrid, 2001, p. 1185. REMOND GUILLOU, Mtne.: “*Droit maritime*”, edit. PEDONE, París, 1988, p. 33. RODIERE, R. y DU PONTAVICE, E.: “*Droit maritime*”, edit. DALLOZ, 11ª ed., París, 1991, ps. 29 y 31. CHORLEY, J./GILES, O.C.: “*Derecho marítimo*”, (trad. y notas de SÁNCHEZ CALERO), edit. BOSCH, Barcelona, 1962, p. 1].

707 Así pues, la Bolsa *no puede ser considerada* como un “*establecimiento público personificado*”, porque, además de que no se cumpliría el requisito de existencia de una entidad fundada por el Estado y por él dotada económicamente, a la que se concede personalidad, para el desarrollo de un servicio público, que entraña una necesidad pública específica [Así, p.e., la Bolsa de Bilbao, que resultó de un acto de creación privada] desde la perspectiva del Derecho privado de la Persona Jurídica, las Bolsas solamente merecerían el calificativo –poco definitorio, en sí mismo– de “*organismos carentes de personalidad jurídica, a través de los cuales se desarrolla el denominado mercado bursátil*”. Otro tanto sucede en el Derecho alemán, donde la BörsG. nunca llegó a dotar a la Bolsa de personalidad jurídica; razón por la que se requiere, necesariamente, la presencia de un “*Börsenträger*”, o *ente/sujeto gestor de la Bolsa*, que es quien posee la condición de sujeto de Derecho. Así ha sucedido, también, con motivo de la creación de la “*Deutsche Terminbörse*”, que es la Bolsa donde se negocia a través de operaciones a plazo. Creada por la Ley de 1 de agosto de 1989, la DTB. *tendrá por objeto la negociación de opciones en acciones y de futuros financieros*. Este mercado completamente informatizado viene gestionado por una “*Trägergesellschaft*” (expresión que nos permitimos traducir como Sociedad *Rectora*) con forma de Sociedad de Responsabilidad Limitada (“*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*”), que había sido fundada en 1988 [Vid. SCHÖNLE, H.: “*Bank- und Börsenrecht*”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 2ª ed., Munich, 1976, p. 8. BUBLITZ, W.: “*Wem die Terminbörse nützt*”, en ZKW., 1989, nº 23, de 1 de diciembre, p. 89. HENNSLER, M.: “*Anlegerschutz durch Information. Die Neuregelung des Börsenterminrechts durch die Börsengesetznovelle vom 11.7.1989*”, en ZHR., 1989, nº 153, p. 613].

708 ROTONDI, M.: «*La Borsa valori ed i suoi organi*», en RDC., 1949, I, p. 429.

la considerase un sujeto, ni tampoco cabe encontrar órganos que realicen la actividad propia “de la Bolsa”. Y esta afirmación valía tanto para los intermediarios bursátiles –“*agenti di Borsa*”–, como incluso para la denominada “*Deputazione di Borsa*” y el “*Comitato direttivo degli agenti di Borsa*”, que tienen poderes y responsabilidades no referibles a sujetos diversos. Eran ellos, y no la Bolsa, quienes sustentaban la personalidad jurídica; una personalidad que –además– se halla en trance de ser atribuida a *entes de naturaleza jurídico-privada*.

Sin duda, no sería imposible que, en un determinado sistema jurídico, se adoptasen diferentes configuraciones para cada una de las diferentes bolsas. Tal es el caso de Suiza, donde se distingue –de forma similar a lo que sucediera en nuestro CCo.– entre Bolsas privadas y Corporaciones bursátiles de Derecho público. Las Bolsas de Derecho privado se basan en una Asociación [“*Vereinigung*”]; y la Asociación [“*Verein*”] les sirve de cobertura jurídica. De acuerdo con el principio de Libre Asociación [“*Vereinsfreiheit*”] privada, su organización y la liquidación de sus negocios se rigen por sus estatutos y lo característico de las mismas es que las reuniones bursátiles representan reuniones de los miembros de la Asociación. Mientras en las Bolsas de Derecho privado apenas existe control jurídico-público, por el contrario en las Bolsas más importantes de Suiza, el Legislador ha dejado sentir su influencia, sometiéndolas al control del Estado; *control que llega, en ocasiones, al extremo de que la Bolsa sea parte constitutiva de la Administración del Estado, como Entidad sin personalidad jurídica*, calificable como Institución de Derecho público. Mas, por lo que a España se refiere, nunca se pretendió personificar a la Bolsa, sino que –antes bien– prefirió recurrir a expresiones que ponían de manifiesto la condición objetiva/organizativa, o funcional de la misma. Nuestro CCo. –que también contenía una definición de las Bolsas– las calificaba como “*establecimientos públicos*”, desplazando la condición de *persona*; de *sujeto*, de la Bolsa, a la *entidad rectora* de la misma: originalmente, el Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa, y –en la actualidad– una sociedad *anónima*: la Sociedad *Rectora* de la Bolsa.

Con los ejemplos que se acaba de mencionar, creemos que queda suficientemente demostrada nuestra premisa fundamental, de que la Persona jurídica es algo que el Ordenamiento *finje*, porque quiere y puede hacerlo, y que, en el plano *normativo*, el Ordenamiento *establece* –porque *puede* y cuando *quiere*– a qué entidades y en qué condiciones atribuirá personalidad jurídica, *expresando esta decisión a través del sistema de fuentes del Derecho objetivo*; básicamente, mediante leyes parlamentarias. Esto es algo *privativo* del Poder Legislativo; un verdadero monopolio decisorio-constitutivo, que representa una manifestación o un aspecto, no ya simplemente del Poder o de la Potestad *normativa*, sino –más precisamente– de la *Potestad legislativa*. Ni los demás Poderes públicos, ni los particulares, tienen un poder semejante.

b) Ejecutivo: el Ordenamiento *reconoce* –ahora, porque *debe*– a qué entidades y en qué condiciones atribuirá la personalidad jurídica, *expresando esta decisión a través de técnicas registrales o como consecuencia de la resolución judicial de una pretensión declarativa*. En este plano, la libertad o la discrecionalidad del Ordenamiento se reduce ostensiblemente porque *los órganos del Poder quedan sometidos al Derecho positivo*, y si la ley ha fijado, ya, previamente, a qué entidades y en qué condiciones atribuirá personalidad jurídica, a los Tribunales de Justicia, notarios y encargados de los registros públicos de sociedades y demás operadores jurídicos, ya no les quedará otra opción –en el caso concreto– que reconocerla o negarla, según concurren o no los requisitos legales.

Ahora bien; que todo esto sea así, no es óbice para que la propia *ficción* deba ser interpretada como *asimilación a aquel objeto que se finje o imita*, ni tampoco es óbice para que la *ficción* resulte tan “*robusta*” y estable, como si en vez de un accidente del objeto personificado, fuera una verdadera condición inmanente. Este objeto –dicho sea, ahora, en términos estrictamente filosóficos– tanto puede ser *la Persona Humana*, como la *Comunidad Política organizada en Estado* [La Sociedad anónima moderna ha sido parangonada con el Estado democrático, con su sistema de división de Poderes –legislativo, ejecutivo y de control o judicial–, reflejado en los distintos órganos de la Sociedad: Junta General, Administradores y Auditores o censores de cuentas].

En nuestra opinión, el *contenido ideológico de la ficción* se centra en torno a *equiparar* a la Persona Jurídica, con la Persona Física; con el Ser Humano, como *elemento personal de relaciones jurídicas*. Sin duda, el *Legislador*, al fingir la personalidad jurídica de sociedades y fundaciones, lo hace –como es lógico– desde la perspectiva que le es propia: la *ordenación* de las *relaciones jurídicas*. Por eso, el *Legislador* *finge* que la Persona Jurídica es un *Sujeto de Derecho*. Pero es de suponer que cuando, en la aplicación de la técnica de la ficción, se desciende al nivel que hemos denominado “*ejecutivo*”, posiblemente los jueces y funcionarios de las distintas Administraciones Públicas, los abogados e incluso los comerciantes y demás operadores del mercado, que hayan de vérselas con estos sujetos, *varíen el propio sentido de la ficción*, y ya no la vean como una asimilación al *Sujeto de Derecho*, sino –p.e.– como la *asimilación al Ser biológico*. Esto es posible –y comprensible–, en nuestra opinión, porque mientras el *Legislador* opera con conceptos generales y normas abstractas, en cambio los jueces y funcionarios de las distintas Administraciones Públicas, los abogados etc., *que viven en el marco de relaciones socioeconómicas reales*, en el mundo de los *hechos*, y no –o no sólo– de las normas, hayan de *plantearse el funcionamiento regular o irregular* de las personas jurídicas, *asimilándolo a la fisiología del Cuerpo Humano*, incluyendo su *neurología* y su *psicología*.

Incluso es dable pensar que la ficción, por lo que hace al *objeto* [o al *ente*] *que se finge o imita*, con el reconocimiento de la Personalidad Jurídica –objeto, dicho sea, en términos estrictamente filosóficos– tanto pueda ser la *anatomía* y la *fisiología del Cuerpo Humano*, como pueda ser la *Comunidad Política organizada en Estado*, indistintamente, porque en ciertos casos sea más interesante asimilar la Persona Jurídica a la Persona Humana –p.e., a efectos de analizar los procesos de actuación y de formación de la voluntad–, y en otros, en cambio, resulte más conveniente asimilar la Persona Jurídica a la organización del Estado democrático moderno: p.e., a efectos de establecer las relaciones de jerarquía y de control entre los diferentes órganos de la entidad. De ahí que, debido a una ficción legal, basada en la presencia de un sustrato material, se finja una persona en forma de organización.

Este planteamiento podría, tal vez, enraizar en las nuevas concepciones acerca de la eficacia del Contrato; en efecto: el Contrato, en general –y el de constitución de una sociedad no puede constituir una excepción–, es susceptible de ser considerado en términos de una global “*situación contractual*”; perspectiva que no carece de trascendencia para el Derecho, y desde la cual es posible conjugar dos ideas, tan aparentemente contradictorias, como la del “*principio de relatividad del Contrato*” y la del “*principio de oponibilidad absoluta de la situación contractual*”, que ni siquiera los terceros no contratantes, pueden válidamente desconocer ni lesionar⁽⁷⁰⁹⁾. Y, en este sentido, la oponibilidad absoluta de un contrato que crea una organización destinada a actuar en el tráfico y a crear relaciones jurídicas con terceros, podría muy bien consistir en el *reconocimiento* de la *personalidad* a la *organización* creada, porque si el contrato es oponible, esa oponibilidad lo puede ser –también– frente al Ordenamiento jurídico, que haya de reconocer una propiedad subjetivizadora, a lo que –en principio– no eran sino *vínculos negociales estrictamente relativos*.

Por otra parte, una “*ficción*” no es –no tiene por qué ser– una “*mentira*”, sino una convención [(Del lat. *conventio*, –*ōnis*) que –entre otras cosas– significa: 3. f. Norma o práctica admitida tácitamente, que responde a precedentes o a la costumbre]. Cuando el Ordenamiento reconoce –en todos los sentidos– la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles; cuando ve en cualquier sociedad mercantil, debidamente constituida, una persona; un nuevo sujeto de derecho, no puede estar reconociendo lo que es una realidad natural o biológica, sino que reacciona consecuentemente a una convicción social, admitida tácitamente, que responde a precedentes o a la costumbre. En este sentido –y vuelvo, nuevamente, a recurrir al Diccionario R.A.E.– la propia idea de ficción (Del lat.

709 AUBERT, J.-L.. «*Le Contrat*», edit. DALLOZ, París, 1996, p. 111. FONTAINE, M. y GHESTIN, J.: «*Les effets du Contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*», edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, París, 1992. TANCELIN, M.: «*Des Obligations. Contrat et Responsabilité*», edit. WILSON & LA-FLEUR ITÉE, 4ª ed., Montreal, 1988, ps. 171 y ss.

factio, -ōnis), sugiere 1. f. Acción y efecto de fingir, pero –también– 2. f. la propia invención, cosa fingida, que tratan de sucesos o personajes imaginarios. Y si, más precisamente, existe la ficción ~ de derecho, o ~ legal, que es la que introduce o autoriza la ley o la jurisprudencia en favor de alguien; como cuando al hijo concebido se le tiene por nacido, entonces parece evidente qué tipo de fenómeno estamos contemplando, por cuanto el propio verbo fingir (Del lat. *Fingēre*) tiene –como segunda de sus acepciones– la de 2. tr. Dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene. Se contraponen –así– dos formas de existencia –la *real* y la *ideal*–, para –de este modo– dejar claro que la existencia ideal es, también, una cierta forma de existir. Y si admitimos ésto, entonces estaría plenamente justificado decir que una ficción no es una mentira, toda vez que –de acuerdo con el Diccionario R.A.E.– *mentira* (De *mentir*) tiene como primera acepción: 1. f. Expresión o manifestación contraria a lo que se sabe, se cree o se piensa. Y, a su vez, *mentir* (Del lat. *Mentīri*) significa 1. intr. Decir o manifestar lo contrario de lo que se sabe, cree o piensa. 2. intr. Inducir a error. *Mentir a alguien los indicios, las esperanzas*. 3. tr. Fingir, aparentar. *El vendaval mentía el graznido del cuervo*. U. t. c. prnl. *Los que se mienten vengadores de los lugares sagrados*. 4. tr. desus. Falsificar algo. 5. tr. desus. Faltar a lo prometido, quebrantar un pacto.

Se dirá que *mentir* significa –también– fingir o aparentar, pero –a la vista del ejemplo que incluye el Diccionario R.A.E., al objeto de ilustrar esa [tercera] acepción–, en seguida se aprecia que se trata de un uso literario, mientras que cuando afirmamos, aquí y ahora, –por referencia a la personalidad jurídica– que es una ficción, pero *no* una *mentira*, lo que queremos decir es que el Ordenamiento jurídico, cuando reconoce –en todos los sentidos– la personalidad jurídica de las sociedades; de las personas jurídicas de Derecho privado, lo que hace es atribuir una existencia *real* –en forma de reconocimiento de la condición de centro de imputación de relaciones jurídicas–, a lo que sólo tiene una existencia *ideal*. Por consiguiente, si hay una persona jurídica –real– es porque, previamente, existe un *sustrato material* socioeconómico, que posee existencia *ideal*, y que se presenta como dato de la experiencia, para que el Legislador *pueda atribuirle* la personalidad *real*, y los demás poderes del Estado –Ejecutivo [las Administraciones públicas] y Judicial–, *deban reconocerle* esa personalidad, *tratándola como una realidad jurídica*.

La forma de producirse este tipo de procesos socioeconómicos y jurídicos podría describirse sobre la base de fijar varios hitos normativos, no cronológicos, sino –más bien– lógicos:

A) En el plano constitucional, se produce el “reconocimiento” de diversos “derechos” subjetivos, más o menos fundamentales, pero tutelados por el Derecho Constitucional: el art. 22, Const. Esp. establece que “[s]e reconoce el derecho de asociación”, si bien las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. También se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. Asimismo, también reza el citado art. 22, nºs 3 y 4, que “[l]as asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad”, y que “[l]as asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada”. Por otra parte, el art. 34, Const. Esp. hace lo propio con el derecho de fundación: “Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley”, añadiendo que “[r]egirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22”.

B) En el plano normativo infraconstitucional, *legislativo*, el Cap. II, del Tít. II, Lib. Iº, CC. esp., referido a las personas jurídicas, dispone –en el art. 35– que: “Son personas jurídicas:

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”

Obsérvese que el párr. 2º, habla de que la personalidad jurídica de las sociedades –mal llamadas “asociaciones”– “*civiles, mercantiles e industriales*” es una condición o una propiedad de las mismas, que depende de que “*la ley [les] conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados*”. Es, por tanto, una concesión –“*lato vel improprio sensu*”– legal. Su eficacia en el plano jurídico no es algo inmanente, inmediatamente derivado del poder creador de la voluntad de los fundadores, sino que es un efecto atribuido por la Ley, de forma que la voluntad del legislador es *determinante*, siquiera en términos genéricos. Así, p.e., el caso del Condominio naval es paradigmático: aunque se trata, claramente, de una verdadera sociedad, empero *no posee personalidad jurídica*, porque el legislador español nunca se la ha querido conferir; no digo “*reconocer*”, sino “*conferir*” o –como dice el art. 35, CC.esp.– “*conceder*”. Y eso que el Condominio Naval puede poseer una organización de notable complejidad, que supera –en el sistema previsto por el CCo.– a la complejidad organizativa de las sociedades de personas, a las que el CCo. reconoce personalidad jurídica. Así, por el contrario, las restantes sociedades civiles, mercantiles e industriales, bien podrían adquirir la condición de personas jurídicas, porque los arts. 35 y 1669, CC.esp., y otros preceptos, contenidos en la normativa especial mercantil y cooperativa, así lo prevén.

A decir verdad, incluso en el caso de las “*corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley*”, la personalidad jurídica también debería ser considerada como una condición o una propiedad de las mismas que depende de *la Ley*. Y es que, aunque el art. 35 hable de “*reconocimiento*”, también dice que el reconocimiento de esa personalidad se lleva a cabo “*por la Ley*”, ergo la situación no difiere sustancialmente de lo que acontece respecto de las sociedades civiles, mercantiles e industriales; conclusión que –por lo demás– nos parece que se ve corroborada por el legislador cuando, a continuación, el art. 37, CC.esp. dispone que “[l]a capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido”.

Dice el art. 1669, CC.esp. que “[n]o tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros”, y que “[e]sta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”. Resulta llamativo que la perspectiva que adopta el CC./1889, a este respecto, parezca –que sea– en un primer momento, *negativa*: se dice que las sociedades *no serán* personas jurídicas; que no tendrán tal personalidad, en vez de decir lo contrario: que las sociedades “*serán*” –o podrán ser– personas jurídicas. Pero, en realidad, lo que refleja el art. 1669 son varias cosas: dos de ellas las manifiesta de forma directa y –relativamente– clara y explícita. Primeramente, expresa –una vez más– que es el *Legislador*; que es el *Poder Legislativo*, y por tanto que es la *Ley*, quien tiene, y a través de cuya vía se ejerce, el poder originario para *determinar cuándo una sociedad tendrá, y cuándo no tendrá, personalidad jurídica* propia, distinta de la de cada uno de sus socios.

En segundo lugar, el art. 1669 refleja que la *personalidad* de las sociedades es *incompatible con su carácter interno*, con su ocultación; con su *privacidad* –entendida como significativa de *no publicidad*; de no darse a conocer al público–, a decir verdad: si bien es el *Poder Legislativo*, y por tanto que es la *Ley*, quien tiene y a través de cuya vía se ejerce el poder originario para *determinar cuándo una sociedad tendrá, y cuándo no tendrá, personalidad jurídica* propia, distinta de la de cada uno de sus socios, lo cierto es –por lo que a las sociedades civiles se refiere– que nuestro Legislador se ha mostrado flexible e informalista, permitiendo que estas sociedades puedan tener la condición de personas jurídicas, simplemente con tal que *no mantengan secretos entre los socios, sus pactos*, y con tal que *los socios* –o alguno o algunos de ellos– *contraten con terceros en nombre de la sociedad*; es decir que haga uso de un poder de representación *cuya atribución se impute a la sociedad*; es decir: que cuando los socios contraten con terceros, lo hagan manifestando –“*contemplatio domini*”– que actúan en representación de la sociedad, y no en nombre propio. Por consiguiente, la *personalidad* actual y efectiva de las sociedades exige publicación, que –en el caso de las sociedades civiles– puede ser simplemente una publicación o publicidad *de hecho*.

ii.2.— “Ficción” vs. “mentira”: *la necesidad de un sustrato real, para el reconocimiento de personalidad, en las sociedades y fundaciones mercantiles.*

Si antes se indicó que la personalidad jurídica de las sociedades es una ficción, pero no una mentira, lo que se quiso dar a entender es algo que se refleja, ahora, en el mandato del art. 1669, CC. esp: que en la base de la persona jurídica debe existir un *sustrato real* —la intensidad de esa realidad es cuestión distinta—, *que debe expresarse exteriormente, eludiendo la ocultación o el secreto de los pactos sociales.* En este caso, hay que tener en cuenta que el art. 1669, CC., pensado para la Sociedad civil, no concibe figuras unipersonales, sino que exige indefectiblemente la pluripersonalidad; la pluralidad de socios. Y, asimismo, tratándose de los empresarios-personas jurídicas de estructura fundacional, resulta todavía más evidente, si cabe, la necesidad de un sustrato material real y efectivo: si el art. 1º, LFund. Nº 50/2002 contiene una definición legal de las fundaciones, que las conceptúa como “*organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus fundadores tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*”, de estos términos cabe deducir unos elementos esenciales de la Fundación: a) Un fin fundacional de interés público; es decir: de índole no lucrativa, lo que supone que “*necesariamente la actividad empresarial realizada por la fundación ha de coordinarse y subordinarse a la consecución de esos fines de interés general*” (710), lo que no significa que las fundaciones no puedan llevar a cabo operaciones o, incluso, actividades efectuadas con ánimo de lucro: lo que sucede es que los beneficios no puede ser repartidos o entregados al fundador; circunstancia que justifica el que se pueda afirmar que “*la posibilidad de utilización de esta figura (es) limitada*” y que encuentra —además— otras dificultades (711). Así; de conformidad con el art. 2º, LFund., estas “*deberán perseguir fines de interés general: de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado o cualesquiera de naturaleza análoga*”. La Finalidad fundacional debe “*beneficiar a colectividades genéricas*”, de forma que el art. 2º, nº 3, LFund. prohíbe expresamente la constitución de fundaciones con la finalidad de “*destinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive*”.

Una segunda condición que revela la necesidad de que la ficción de personalidad de las fundaciones se base sobre un sustrato real, consiste en la necesidad de *una masa de bienes afectada* a la consecución de dicho fin. Y, finalmente, en tercer lugar: la existencia de una *organización* instrumental.

Volviendo al caso de las *sociedades*, es preciso señalar que esa pluralidad de socios no es una simple suma de personas, sino una *unión voluntaria de ellas*, cuya unión *se manifiesta exteriormente.* Es este el sustrato material, al que el Ordenamiento reconoce la posibilidad de devenir en “*persona*”, siempre que cumpla los requisitos previstos en la Ley.

Hay una tercera cosa que el art. 1669, CC. no dice, ni siquiera de forma indirecta, pero que puede deducirse de sus términos, con cierta facilidad, y que presenta una importancia absolutamente fundamental; esencial, porque en ella late la razón de ser de esa especie de “*reserva de ley*” y de ese “*principio de legalidad*” en materia de personas jurídicas de Derecho privado: me refiero a la afectación de *terceros.*

Con el reconocimiento de la personalidad jurídica sucede algo similar a lo que sucede con los derechos reales: no se pueden crear, por obra exclusiva de la voluntad privada, derechos reales atípicos. La creación o reconocimiento de —nuevos— derechos reales solamente puede ser obra del *legislador*, y mientras éste no haga uso de esa prerrogativa; de esa potestad exclusiva, el número de los derechos reales existentes, en un momento dado, será un “*numerus clausus*”. ¿Por qué? La respuesta es muy

710 SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Instituciones de Derecho mercantil*”, 2 vols., edit. McGRAW-HILL, 22ª ed., Madrid, 1999, p. 61.

711 SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22ª ed., p. 61.

simple: por el carácter “*erga omnes*” de los derechos reales; porque si el derecho real se caracteriza, entre otras cosas, por la oponibilidad “*erga omnes*” de un deber general de *abstención*; es decir: por la afectación pasiva; por la sujeción de *terceros* ajenos al nacimiento del derecho real, y que no han prestado consentimiento alguno a someterse al mismo [En cierto modo, el derecho real es como un derecho de crédito con un deudor universal –todos, terceros o no, se ven afectados por el derecho “*in re*”–, que se ve afectado, con independencia de su consentimiento]. Y, si esto es así, resulta *difícil de admitir que una sujeción general de este tipo pueda existir sin el apoyo de la Ley*, ya que no de la voluntad privada de cada individuo de la sociedad. De este modo, habría que mirar con desconfianza toda tentativa de inventar derechos reales nuevos de tal alcance, por obra de la pura voluntad de las partes.

Pues bien, en el caso de la Persona jurídica, ocurre otro tanto: por definición, la personalidad siempre posee una eficacia “*ad tertios*”, ya que las relaciones jurídicas son, antes que nada, relaciones sociales; relaciones intersubjetivas. Por tanto, crear una persona jurídica supone, inevitablemente y en todo caso, crear un nuevo polo de relación, en el tráfico jurídico; crear un nuevo polo de relación que, además, no está concebido para agotarse por la relación única y singular con otro polo subjetivo, sino para relacionarse con un conjunto indefinido –universal– de sujetos; todos los cuales *deberán* reconocer que están ante un nuevo sujeto de derecho, y deberán reconocerlo en cierto sentido– del mismo modo que pueden verse afectados por un derecho real de otro: sin precisar de su propio consentimiento. Si una persona se encuentra en la tesitura de celebrar un contrato con una sociedad anónima determinada –Y.,S.A.–, podrá optar por contratar con ella, o por no contratar... pero de esa opción suya y de cómo la ejerza, no se hace depender el que la sociedad tenga, o deje de tener, su personalidad jurídica. Tal personalidad constituye, para el otro sujeto, un dato –un hecho– jurídico “*a priori*” que no puede desconocer. Por consiguiente, la eficacia universal; la omnipresencia de la Persona jurídica, justifica el que el Ordenamiento atribuya la *exclusiva potestad* de reconocimiento legal, al Poder *Legislativo*.

Mas la forma en que el Poder Público puede ejercer esa potestad suya de creación de personas jurídicas, es diversa: hay varias, y –de hecho– su reflejo más claro podría verse en la propia historia de los sistemas de creación de las sociedades anónimas. En efecto; es cosa sabida que, históricamente han venido sucediéndose tres sistemas/tipo de creación y regulación y control de la Sociedad Anónima.

1.– Sistema del “*Octroi*”: El primero de estos sistemas –y el más antiguo, cronológicamente hablando– fué el denominado Sistema del “*octroi*” u otorgamiento, y su paralelo el “*charter*” inglés, introducido por vez primera en la denominada “*Bubble Act*”, que también atribuía al Estado –más precisamente, al Parlamento– unas funciones de protección preventiva ⁽⁷¹²⁾. El “*octroi*” constituía la concesión de un verdadero privilegio real, que atribuía a la asociación de personas una índole corporativa y personalizada, a la par que –por lo general– proporcionaba el beneficio de la responsabilidad limitada ⁽⁷¹³⁾.

712 GIRÓN TENA, J.: “La Fundación de la Sociedad Anónima en el Anteproyecto de Reforma”, en “*Estudios de Derecho mercantil*”, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, 1955, p. 280. WILHELM, J.: “*Kapitalgesellschaftsrecht*”, edit. WALTER DE GRUYTER, Berlín/N.York, 1998, p. 6, quien se refiere al “*Konzessionssystem*”, propio del Mercantilismo.

713 WIELAND, K.: “*Handelsrecht*”, t. II, “*Die Kapitalgesellschaften*”, edit. VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT, Munich/Leipzig, 1931, p. 6. MEYER-LANDRUT, J.: “*Einleitung*”, en VV.AA.: “*Aktiengesetz. Grosskommentar*”, t. I, vol. 1º, edit. WALTER DE GRUYTER, Berlín/N.York, 1973, p. 1. RIPERT, G. y ROBLLOT, R.: “*Traité de Droit commercial*”, t. I, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 14ª ed., Paris, 1992, ps. 788 y s., quienes aluden a la “*Compagnie des Indes orientales*”, creada por Colbert ó a la nueva Compañía creada, después, por Law. GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, J.: “Nuevos hechos, nuevo Derecho de la Sociedad Anónima”, en “*Hacia un Nuevo Derecho mercantil. Escritos, Lecciones y Conferencias*”, edit. TECNOS, S.A., Madrid, 1971, p. 25. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 26ª ed., p. 226. ESTEBAN VELASCO, G.: “*El Poder de Decisión en las Sociedades anónimas. Derecho Europeo y Reforma del Derecho español*”, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1982, p. 45.

Propio de la época en que las sociedades anónimas *dependían del Estado*, y se creaban para el desarrollo de *empresas de interés público patrocinadas por las monarquías absolutas* (714), el “*octroi*” era una verdadera Ley, que tenía por objeto la incorporación [es decir: la concesión de la personalidad jurídica propia e independiente] a la nueva Compañía, y la cesión de derechos de soberanía; circunstancia que, a la par que dotaba a la Sociedad Anónima de una “*fisonomía aristocrática*” (715), suponía la inexistencia de un “Derecho de sociedades anónimas”, porque su posición se hallaba ocupada por la “ley” de creación de cada sociedad (716). Merced al “*octroi*”, el propio Soberano; el propio Estado creaba la Sociedad Anónima, como si fuera una filial suya, reservándose importantes poderes de intervención y tutela –reflejados en el hecho de que, al frente de la Sociedad, se hallan representantes del Estado; en el hecho de que la convocatoria de las Juntas (cuando llegaron a existir) y el reparto de dividendos requirieran y fueran precedidos de “*Ordenanzas reales*”. o en el hecho de que el propio Monarca adoptase decisiones en punto a la obligatoriedad o a la prohibición de nuevas aportaciones sociales– y concediéndole privilegios diversos –exenciones tributarias–, e incluso poderes en el aspecto militar (717). De todos modos, en Francia aparecieron, también –junto a las Compañías constituidas por “*octroi*” real–, otras de creación privada, con un grado menor de intervención por parte del Rey (718).

2.– El segundo, fué el Sistema de autorización gubernativa, denominado –en Alemania– el “*KonzeSSIONssystem*”, del que se ha dicho que no era muy diferente del anterior (719). De acuerdo con este nuevo sistema, que –surgido cuando decayó el régimen de concesión real u “*octroi*”, al desaparecer las monarquías absolutas, y asociado al desarrollo de la actividad industrial y económica [P.e., los transportes ferroviarios, los transportes marítimos a vapor], que ahora se hace posible gracias a la revolución tecnológica de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX– habría aparecido tanto en el “*Code de commerce*” –determinando, además, que la Sociedad anónima pudiera insertarse, sin más, entre el conjunto de las formas o tipos de sociedades mercantiles (720)–, como, posteriormente, en el ADHGB., de 1861 (721), para la constitución de nuevas sociedades anónimas, se precisa la voluntad constituyente de los socios, de modo que el acto genético de las mismas; el acto creador de estas sociedades, ya no se sitúa en la voluntad del Estado o del Monarca –bajo forma de “*octroi*”–

714 GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,J.: “Nuevos hechos, nuevo Derecho...”, cit., p. 25. LANGLE RUBIO,E.: “*Manual...*”, cit., t. III, p. 496.

715 LANGLE RUBIO,E.: “*Manual...*”, cit., t. III, p. 496. ESTEBAN VELASCO,G.: “*El Poder de Decisión...*”, cit., p. 46, aunque admite que podían existir compañías coloniales, creadas mediante “*octroi*”, pero estructuradas democráticamente.

716 GIRÓN TENA,J.: “La Fundación de la Sociedad Anónima en el Anteproyecto...”, cit., p. 280, quien señalaba –por lo que a Francia se refiere– que esta situación diró hasta la promulgación del “*Code de commerce*”. ALONSO ESPINOSA,F.J.: “Lección 5ª.: Sociedad Anónima (I): Caracterización”, en ALONSO ESPINOSA,F.J., LÁZARO SÁNCHEZ,E.J., ALFONSO SÁNCHEZ,R. DE LA VEGA GARCÍA,F.L., SÁNCHEZ RUIZ,M. y FARIAS BATLLE,M.: “*Curso fundamental de Derecho mercantil*”, t. II, “*Derecho de Sociedades*”, edit. FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN ANTONIO, 1ª ed., Murcia, 2004, p. 122.

717 GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,J.: “Nuevos hechos, nuevo Derecho...”, cit., p. 25, quien –a modo de ejemplo– señala que el propio Luis XV de Francia presidía las Juntas Generales y alude al Canciller sueco OXENSTJERNA, que enviaba prospectos invitando a la suscripción de acciones, como cualquier banquero de negocios. SÁNCHEZ CALERO,F.: “*La Sociedad cotizada en Bolsa, en la evolución del Derecho de Sociedades. Discurso leído el día 26 de marzo de 2001 en el Acto de su recepción como académico de número*”, edit. REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, Madrid, 2001, p. 40. RAISER,Th.: “*Recht der Kapital-Gesellschaften. Aktiengesellschaft. Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Kapitalgesellschaft & Co.*”, edit. FRANZ VAHLEN VERLAG, Munich, 1983, p. 3.

718 LEFEVBRE-TEILLARD,A.: cit., p. 7.

719 MEYER-LANDRUT,J.: “*Einleitung*”, cit., p. 1. Aparentemente, tal podría ser el criterio de URÍA GONZÁLEZ,R.: cit., 26ª ed., p. 226 y en URÍA GONZÁLEZ/MENÉNDEZ MENÉNDEZ/GARCÍA DE ENTERRÍA.: “La Sociedad Anónima: Principios...”, cit., p. 766.

720 Como señala SÁNCHEZ CALERO,F.: “*La Sociedad cotizada en Bolsa...*”, cit. p. 41, al desaparecer el sistema de “*octroi*”, la Sociedad Anónima deja de ser un tipo de persona jurídica perteneciente a la órbita del Derecho público, puesto que su creación ya no comporta una cesión de soberanía, por parte del Estado.

721 WILHELM,J.: “*Kapitalgesellschaftsrecht*”, cit., p. 6.

sino que surgen *por vía negocial, del acuerdo de voluntad de sus fundadores, los socios* ⁽⁷²²⁾, aunque ello no significara que dicha voluntad fuese absolutamente libre, sino que –bien por el contrario– debía existir *un sistema de control de la legitimidad o de la propia conveniencia y oportunidad de su creación*, que se materializaba en que la voluntad negocial privada debía ir acompañada de una autorización estatal [“*staatliche Genehmigung*”], como instrumento para llevar a cabo ese control de legitimidad y de conveniencia al que he aludido, proyectándose la tutela pública sobre aspectos como la adecuación del capital al fin de la empresa, su existencia –aunque, p.e., el Derecho francés no exigía que dicho capital se encontrase íntegramente suscrito, *admitiéndose una autorización o concesión condicionada a la ulterior suscripción íntegra* del capital social– y si su efectivo desembolso estaba asegurado; un sistema que todavía subsistía a mediados del siglo XIX, cuando se promulgó el ADHGB. alemán, de 1861, que se atenía al mismo ⁽⁷²³⁾.

3.– Sistema de creación contractual-privada, que –a su vez– puede presentar dos modalidades o variedades:

a) Un régimen desinstitucionalizado, de libertad extrema, en el que las normas positivas no establecen requisitos para alcanzar la personalidad jurídica.

Esta posibilidad resulta de todo punto indeseable y potencialmente injusta, ya que el proceso de reconocimiento de las personas jurídicas que operan en el tráfico mercantil exige la existencia de *mecanismos de control* de algún tipo, pues –como se señala en un estudio publicado en la revista “*Foro Galego*”, referido a la “*Sociedad Anónima Europea*”– el Derecho Mercantil; incluyendo, sin duda, el Derecho mercantil *de sociedades*, concebido como un Derecho regulador de los Empresarios y de su instrumento de participación en el mercado –las Empresas–, “*more geometrico demonstratum*”, semeja configurarse como –o, desde otro punto de vista, semeja situarse enmarcado dentro de– un triángulo equilátero, cuyo centro se encuentra ocupado por la persona del Empresario, y en cuyos vértices se hallan quienes con él entran relación socioeconómica y jurídica:

1. Los proveedores,
2. los clientes
3. y los trabajadores ⁽⁷²⁴⁾,

acaso con la especialidad de que, cuando de sociedades se trata, los socios pueden considerarse –“*lato sensu*”– como “*proveedores*”/financiadores, y también como clientes e incluso como trabajadores.

Pues bien; tradicionalmente, el Derecho mercantil se ha ocupado de regular, desde un primer momento y –al parecer– sin que nada de esto haya cambiado, *las relaciones del comerciante con sus proveedores*, incluidos los *financiadores de su actividad* [los bancos y otras entidades de crédito, el público de los inversores (y, por consiguiente, los socios)]. Y esa preocupación encontraba su razón de ser en el hecho de que los empresarios –incluidos los empresarios *sociales*– son, sobre todo, grandes *generadores de riesgos económicos*; son agentes que operan en el tráfico económico

722 URÍA GONZÁLEZ,R.: cit., 24ª ed., p. 224. Idem.: cit., 26ª ed., p. 226. URÍA GONZÁLEZ/MENÉNDEZ MENÉNDEZ/GARCÍA DE ENTERRÍA.: “La Sociedad Anónima: Principios...”, cit., p. 766.

723 HENN,G.: “*Handbuch des Aktienrechts*”, edit. C.F.MÜLLER JURISTISCHER VERLAG, 4ª ed., completamente actualizada, Heidelberg, 1991, p. 2, quien señala que la aparición de las sociedades anónimas, en el Derecho positivo alemán, se produjo hacia mediados del siglo XVIII, con un intenso componente usual o consuetudinario, y ya en la primera mitad del siglo XIX, se promulgan diversas disposiciones como la Ley prusiana de 1843, en las que la creación de estas sociedades se somete a autorización administrativa. MEYER-LANDRUT,J.: “*Einleitung*”, cit., p. 2. GIRÓN TENA,J.: “La Fundación de la Sociedad Anónima en el Anteproyecto...”, cit., ps. 280 y s., quien habla de un “*sistema de concesión*” que “*exige un análisis material de la oportunidad de cada sociedad*”. URÍA GONZÁLEZ,R.: cit., 24ª ed., p. 224. Idem.: cit., 26ª ed., p. 226. URÍA GONZÁLEZ/MENÉNDEZ MENÉNDEZ/GARCÍA DE ENTERRÍA.: “La Sociedad Anónima: Principios...”, cit., p. 766.

724 GARCÍA-PITA y LASTRES,J.L.: “La Seguridad y Navegabilidad de los buques pesqueros (su trascendencia para el Derecho mercantil)”, en “*Cuadernos de Derecho Pesquero*”, 2003, nº 2, p. 136.

asumiendo riesgos también “*económicos*”, pero que –al hacerlo– indefectiblemente los proyectan sobre otros agentes económicos distintos, porque –ciertamente– el principal riesgo del Empresario: el riesgo de la solvencia propia, afecta igualmente a sus acreedores, que pueden perder sus créditos si el Empresario no puede hacer frente a los mismos. En este sentido, el Derecho mercantil –incluyendo el Derecho mercantil de *sociedades*– aparece como garante de la seguridad en las transacciones comerciales; fija su atención central en los empresarios, y –al hacerlo– los somete a un régimen especialmente riguroso. Es un Derecho “*de*” los empresarios, pero *no* un Derecho “*para*” los empresarios; cortado a la medida de sus intereses, *particulares y egoístas, en detrimento de otros*. El Derecho Mercantil debe ser mirado como un Derecho que controla el correcto desarrollo de la actividad de los empresarios, protegiendo a los terceros que con ellos se relacionan; especialmente, a aquellos que se hallan constitutivamente situados en una posición de inferioridad: los consumidores, los inversores...⁽⁷²⁵⁾. Y esto se extiende –también– al Derecho de *sociedades y personas jurídicas*. Pues bien; si no existe “*octroi*”, ni se exige ninguna autorización administrativa previa, para poder atribuir la personalidad jurídica, y si –además– tampoco se dictan normas imperativas sobre requisitos que se hayan de cumplir para que la sociedad se haga merecedora del reconocimiento de su personificación, entonces es obvio que no existirán los mecanismos de control necesarios para *controlar los riesgos de solvencia* que las sociedades personificadas y, como tales personas, dotadas de sus propios *patri-monios*, proyectan “*ad extra*”.

b) Un régimen de *disposiciones normativas*, que –partiendo de un reconocimiento de la libre iniciativa privada en la creación de organizaciones voluntarias, susceptibles de alcanzar la condición de personas jurídicas– establece normas más o menos imperativas, que establecen: ora *procedimientos oficiales de publicidad*, orientados a proporcionar la necesaria para el reconocimiento de la personificación, ora bien *normas sustantivas* que contienen los *requisitos materiales* precisos para adquirir la personalidad, o –por fin– *ambas cosas a la vez*.

Ahora bien; traer nuevamente a colación lo que se acaba de exponer y es universalmente conocido, carecería de sentido, si no fuera porque –en el fondo– reflejaría las posibles formas de producirse el reconocimiento y creación de personas jurídicas; de sociedades dotadas de personalidad. En efecto: cuando decimos que la personalidad jurídica es –ante todo– una creación del Ordenamiento jurídico, lo que queremos decir no es que cada persona jurídica; cada sociedad que se cree, por los particulares, deba obtener un “*octroi*” estatal, para poder alcanzar la personalidad: al Poder Legislativo le basta –y le sobra– con la potestad de determinar, objetiva y genéricamente, cuáles son las personas jurídicas que admite/contempla el Ordenamiento –art. 35, CC.esp.–, y, si se quiere, añadir a esta previsión general normas de reconocimiento genérico de la posibilidad de personificación, referidas a *tipos societarios* concretos. Así, p.e., el art. 7º, del Texto refundido de la Ley de Sociedades anónimas, aprobado por RDLeg. Nº 1564/1989, de 22.12.1989 [TRLSA.] dice que “[I]a sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil”, y –sobre todo– que “[c]on la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica”. Igualmente, el art. 11 de la **Ley 2/1995, de 23.03.1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada**,

725 Incluso los trabajadores: el Derecho Mercantil aparece históricamente mucho antes que el Derecho Laboral, pues tanto el Cco.esp./1885, como el Cco.per./1902 regularon, en términos relativamente ventajosos, la situación de los colaboradores del Comerciante y los colaboradores del Naviero, estableciendo un sistema de despidos por causas tasadas, más riguroso –y, por tanto, más beneficioso para los trabajadores– que el previsto en el Código civil. Mas, cuando surgió el Derecho del Trabajo, superó al Derecho Mercantil en la regulación de unas relaciones típicamente de empresa, como son las relaciones de trabajo asalariado. Lo hizo porque para el Derecho Laboral es más importante –desde el punto de vista *conceptual*– la figura del *Trabajador*, que la del *Empresario*, y lo hizo –es decir: superó al Derecho Mercantil en la regulación de las relaciones de trabajo asalariado– hasta el punto de *no precisar, ya, del Empresario*, en sentido estricto, pues es obvio que el Derecho *del Trabajo* ha definido al Empresario más como *parte contratante, dialécticamente opuesta al Trabajador*, que –propriamente– como agente económico que opera en el mercado de la producción de bienes y servicios. Por este motivo, el concepto “*laboral*” del Empresario, es más amplio que el concepto “*mercantil*”: para el Derecho Laboral es empresario un Banco o una Compañía de seguros, y también es empresaria D^a Inés, viuda y pensionista, que tiene una empleada de hogar colombiana.

dice que “[l]a sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil”, y **–sobre todo– que** “[c]on la inscripción adquirirá la sociedad de responsabilidad limitada su personalidad jurídica”. Y, por su parte, el art. 7º, de la Ley nº 27/1999, de Sociedades cooperativas, dice que “[l]a sociedad cooperativa se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro de Sociedades Cooperativas previsto en esta Ley”, y **–una vez más– que**, “[c]on la inscripción adquirirá personalidad jurídica”.

Mas, como fácilmente se podrá comprobar, todas estas son normas generales; mejor dicho: son normas jurídicas de Derecho objetivo y, porque lo son, presentan esa característica natural de las leyes y disposiciones normativas de Derecho positivo, que consiste en no ser leyes particulares –no ser, “*prima facie*”, privilegios [“*leges privatae*”]; disposiciones establecidas cuyo objeto y ámbito de aplicación se circunscriben a una persona determinada–, sino tener vocación de aplicación *general*; universal. No hay –pues– “*octroi*”; ni siquiera se prevé autorización administrativa: la Ley prevé la personalidad jurídica de las sociedades; establece a cuáles tipos o formas organizativas se la reconocerá y en qué condiciones o cumpliendo cuáles requisitos, pero *no crea*, élla misma, las *personas jurídicas singulares, de forma directa*. Porque, en definitiva, si la personalidad jurídica es una ficción, lo que hace la Ley es *prever la ficción*, pero no *fingir*. Pues bien; si –como ya se anticipó– la idea de ficción (Del lat. *factio*, –*ōnis*), sugiere l. f. Acción y efecto de fingir, entonces es preciso que analicemos en qué consiste la acción de fingir la personalidad jurídica, y de qué modo interviene –en esa acción– el Poder Legislativo. Y, en este sentido, podríamos –quizá– establecer un parangón con la estructura de la Norma jurídica.

En principio –al menos, esta será la hipótesis de trabajo de la que partiremos– la Norma jurídica tiene una estructura formalmente silogística: con sus premisas y su resultado o conclusión. En la Norma jurídica, premisa mayor y resultado o conclusión, los proporciona o establece el legislador... Pero la premisa menor está constituida por los hechos concretos, que no son obra del Legislador, sino de aquellos a quienes afecta la Norma. Por consiguiente, la Ley puede establecer que las sociedades anónimas, limitadas, cooperativas, civiles, etc. “*son personas jurídicas*”, y también puede establecer bajo qué condiciones pueden –en concreto– acceder a semejante condición [aquí hay, ya, uno, sino dos normas jurídicas objetivas: la que reconoce la personificación de estos tipos o formas sociales, y la que establece las condiciones legales para su personificación]. En este sentido, la previsión legal de esa ficción es *como toda previsión legal: abstracta y general*. Las normas que prevén la personalidad jurídica de las sociedades no son normas singulares –“*lex privatae seu privilegia*”–, sino normas jurídicas objetivas, de alcance general y contenido abstracto.

Pero la “*premis menor*” es algo que solamente pueden proporcionar los *particulares*, que –en uso de su *autonomía privada*, y en ejercicio de sus derechos de asociación y de libre empresa– constituyen una sociedad, ajustando su conducta, en el desarrollo de este proceso, a los requisitos que contiene o a los que se remite la “*premis mayor*”. A partir de este punto, hay una tercera norma o un tercer mandato jurídico que resulta de la *concreción* del mandato legal, *en una consecuencia jurídica concreta*, individual, asociada al hecho de que –en un momento dado– se dé la concurrencia de la llamada “*premis menor*”. Desde entonces y por todo lo expuesto, el hecho *jurídico* debe producirse previa concurrencia del hecho *socioeconómico*: la Ley dice qué sociedades podrán ser consideradas personas jurídicas, pero la propia Ley –a diferencia de lo que sucede con ciertas personas jurídicas de Derecho *público*– no puede crear las sociedades, porque las sociedades son uniones *voluntarias* de personas, y esa voluntariedad no puede sustituirla la voluntad del legislador. Por consiguiente, es preciso que se produzca el *hecho socioeconómico* –pero también jurídico– de la *agrupación voluntaria, organizada, finalista y duradera de un conjunto de personas “cum animo contrahendae societatis”*, para que –hallándose la agrupación organizada dentro de la panoplia de formas, a las que el Legislador confiere, “*in genere ac in abstracto*”, personalidad jurídica–, una vez que se haga pública, por los cauces –publicidad legal o publicidad de hecho– que el propio legislador prevea, *todos los demás Poderes Públicos* y las demás personas, físicas y también jurídicas, existentes, la hayan de reconocer como un nuevo sujeto de derecho.

ii.3.— “Ficción” y “Forma”: la libertad de creación privada de nuevas formas o tipos organizativos y el principio de tipicidad de las sociedades y personas jurídicas-empresarios, en el marco de la institución “Persona Jurídica”.

Mas si los Poderes Públicos —en definitiva, el Ordenamiento— y los particulares; cada uno de ellos, a su manera, reconocen la personalidad jurídica de las sociedades y fundaciones mercantiles, este reconocimiento se produce, necesariamente, dentro de unos límites. Anteriormente se aludió a la circunstancia de que, por definición, la personalidad siempre posee una eficacia “*ad tertios*”, ya que las relaciones jurídicas son, antes que nada, relaciones sociales; relaciones intersubjetivas. Por tanto, la eficacia universal; la omnipresencia de la Persona jurídica, justifica el que el Ordenamiento atribuya la *exclusiva potestad* de reconocimiento legal, al Poder *Legislativo*. Pero estos hechos se encuentran en una relación mucho más rica y estrecha de lo que las palabras han expresado, hasta el momento: hay otro aspecto que merece la pena señalar: la relación entre “Ficción” y “Forma”, en el marco de la institución “Persona Jurídica”.

Si la personalidad siempre posee una eficacia “*ad tertios*”, parece lógico que toda persona jurídica de Derecho privado, especialmente si manifiesta un propósito de *tener presencia* en el mercado de bienes y servicios, haya de ser *expresa y no oculta*. Así se deduce, claramente, de los arts. 22, Const.Esp. o 1269, CC. Pero, por definición, todo lo que se expresa externamente lo hace a través de una *forma*. La forma es la expresión del consentimiento o de la voluntad en los negocios jurídicos. Pero el papel de la forma como vehículo de publicidad es mucho más amplio y variado [Piénsese en las publicidades posesoria y registral, como instrumento al servicio de las relaciones jurídico-reales], que —en nuestra opinión— abarca la *forma de las personas jurídicas*.

Ahora bien; si hay un problema que con gran nitidez ha sabido reflejar la Doctrina jusmercantilista; la Doctrina societarista, es el de los *diversos significados* del término “*forma*”, cuando se aplica a las sociedades y otras personas jurídicas, lo cual nos lleva a señalar, en este momento, que el término “*forma*”, utilizado a los efectos de una exposición sobre la Persona Jurídica, resulta —como mínimo— anfibológico: forma significa, primero, *formalidad negocial/registral* —mayor o menor—, exigida por el Ordenamiento para que pueda nacer una persona jurídica. Pero, en segundo lugar, “*forma*” es —quizá— el término jurídica o técnicamente más preciso para aludir a lo que muchos describen como los “*tipos*” de sociedades y personas jurídicas. En este sentido, el Derecho de sociedades es un Derecho “*de organización*” [o de organizaciones] y, por consiguiente, resulta ser un agregado normativo de contenido eminentemente técnico⁽⁷²⁶⁾; las normas integrantes del Derecho de sociedades se caracterizan, también, por su índole organizativa y su frecuente carácter técnico. Y si, de acuerdo con el R.A.E., “*organización*” significa tanto la “*acción y efecto de organizar u organizarse*” [¡qué forma verbal reflexiva tan sugerente!], como “*conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado*”⁽⁷²⁷⁾. Y si —a su vez— “*organizar*” significa “*establecer o reformar algo, para lograr un fin, coordinando los medios y personas adecuados*” o bien “*disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados para lograr un fin determinado*”⁽⁷²⁸⁾, resulta obvio que las normas que componen el Derecho de sociedades se muestran, primeramente, como reglas al servicio de una técnica de organización —o de “organizaciones”,

726 PAZ-ARES RODRÍGUEZ,C.J.: Comentario al Artículo 1665, en VV.AA.: “Comentario del Código civil”, t. II, , dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R.Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, edit. MINISTERIO DE JUSTICIA. SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA (CENTRO DE PUBLICACIONES), Madrid, 1991, p. 1299, quien afirma que “*el Derecho de Sociedades es tecnología de organización*”. SOLOMON,L.D., STEVENSON Jr.,R.B. y SCHWARTZ,D.E.: «*Corporations Law and Policy. Materials and problems*», edit. WEST PUBLISHING Co., St. Paul, Minn., 1982, p. 1, quienes señalan que el desarrollo del Derecho de sociedades es un fenómeno historio caracterizado por el eclecticismo y la influencia de las políticas legislativas y de las necesidades sentidas, que se reflejan y sintetizan en un concepto dinámico de Sociedad, al tiempo que se apartan de los que no responden a las necesidades reales.

727 Voz “*Organización*”, acepciones 1ª y 3ª, en Diccionario R.A.E., p. 1053

728 Voz “*Organizar*”, acepciones 1ª y 2ª, en Diccionario R.A.E., p. 1053

por lo general, legalmente predisuestas–, tanto en el plano externo; empresarial ⁽⁷²⁹⁾, e incluso supra-empresarial [así lo demuestra el régimen jurídico de los grupos de sociedades, y, en general, el régimen de la concentración económica], como interno. En este sentido, el Derecho de sociedades pretende –ante todo– proporcionar pautas para la conformación de *organismos* jurídicos –que son también, al mismo tiempo, unidades económicas productivas–, cuyos organismos o unidades económicas se hallan dotados de una *anatomía* y de una *fisiología jurídicas*, que han de corresponderse con las necesidades de una anatomía y una fisiología *socioeconómicas*. El Derecho de sociedades posee un evidente sentido instrumental: constituye un instrumento al servicio de los particulares, cuyo sentido es el de potenciar y ampliar las actividades económicas individuales ⁽⁷³⁰⁾, lo cual –en mi opinión– también se dá en el caso de las sociedades unipersonales. Con este fin, el Derecho de sociedades tipifica ciertas estructuras organizativas, conocidas como formas societarias, poniéndolas a disposición de los particulares ⁽⁷³¹⁾.

La cuestión es, entonces, si –reconocido universalmente el Principio de Autonomía Privada, que no se limita solamente a la libertad contractual, sino que, incluída la libertad contractual *societaria*, llega a abarcar la *autonomía estatutaria*–, esas ciertas estructuras organizativas, conocidas como formas societarias, *son, o no son, a su vez, libres* para los particulares; si éstos pueden, o no, *crear nuevas formas organizativas*, al margen de las que reconoce el Derecho positivo.

Si la libertad de empresa del art. 38, Const.Esp., como afirma EMBID IRUJO, incluye entre su contenido esencial la facultad de elegir y organizar a conveniencia, el modo y la estructura concreta con qué llevarlo a cabo, empero este derecho no debe confundirse, en modo alguno, con una –supuesta– libertad de configuración de los tipos sociales –que es la verdadera “*quaestio disputanda*”–, y ni siquiera debe confundirse, tampoco, con la –mayor o menor– libertad de configuración interna de la estructura societaria. Por este motivo, la proclamación de la libertad de empresa, e incluso de la libertad de asociación –al amparo del art. 22, Const.Esp.– no prejuzga la respuesta que se haya de dar a la interrogante de si los particulares pueden, o no, *crear nuevas formas organizativas*, al margen de las que reconoce el Derecho positivo.

Más importante y significativo podría ser el contenido de nuestro CCo. de 22 de agosto de 1885, cuyo art. 122 parece admitir esa libertad de creación de nuevas formas organizativas societarias, por los particulares, al margen de los tipos reconocidos por la Ley positiva; una libertad que –por otra parte– vendría avalada por la interpretación auténtica del Código, como se refleja en su Exposición de Motivos, y por su interpretación histórica, basada en el Decreto de 20 de septiembre de 1869, creador de las Bases para la redacción del vigente Código de Comercio, que insiste sistemáticamente en encontrar en el derecho de asociación que la Constitución de 1869 reconocía, la base para la amplia libertad de configuración de formas societarias y lo mismo ocurre con la Exposición de Motivos

729 Frente a las importantes transformaciones que experimenta el entorno económico y el régimen jurídico de la Sociedad Anónima; especialmente, de la Sociedad Cotizada, la cuestión que se plantea –la posibilidad que se analiza– es la de configurar a la Sociedad Anónima, directamente, como “*estructura organizativa de la empresa* [concretamente, de la empresa-actividad]”, vid. BRACCIODIETA, A.: “*La Nuova Società per azioni*”, edit. DOTT. A. GIUFFRÈ, EDITORE, S.p.A., Milán, 2006, p. 4 y ss.

730 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: “*La Atipicidad en el Derecho de Sociedades*”, edit. LIBROS PÓRTICO, Zaragoza, 1977, p. 14. Por su parte, DJIAN, Y.: “*Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les apys du Marché Commun*”, edit. SIREY, París, 1965, p. 5, señalaba que “*para estimular el espíritu de empresa, es preciso que la reglamentación legal de las sociedades anónimas permita a estas últimas insertarse en la vida económica de una manera dinámica*”.

731 RIPERT, G.: “*Aspects juridiques du capitalisme moderne*”, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 2ª ed., París, 1951, p. 109, inspirándose en LAFITTE, J.: “*Réflexions su la science des machines*”, 1932, seguido por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: «*La Atipicidad...*», cit., ps. 14 y s., quienes señalan –en relación con la Sociedad Anónima que “*lo mismo que con la evolución del progreso científico se crean constantemente nuevos instrumentos técnicos, las relaciones económicas reclaman, en cada momento histórico, una “machine juridique”, apta para las necesidades del tráfico*”.

del Código de Comercio, en donde se encuentra un canto continuo a la libertad de asociación reconocida constitucionalmente (ahora, en la Constitución de 1978).

Nuestro CCo./1885 es el único código europeo que, aparentemente, se manifiesta con claridad en favor de la libertad de invención de las formas sociales. Así da la impresión de que resulta, tanto de la Exposición de Motivos del Código como de los artículos 117 y 122 de dicho cuerpo legal. Por otra parte, nuestra Historia del Derecho mercantil y societario –que no es solamente una Historia de los *textos legales* societarios– vendría a confirmar esta –supuesta– libertad, toda vez que es obvio que en España se pudo crear un tipo social no regulado por el Código y, además, limitador de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Nos referimos, claro está, a la creación de la Sociedad de Responsabilidad limitada [SRL.].

Dejando a un lado el nacimiento de la sociedad de responsabilidad limitada en el Reino Unido como una variación de las sociedades anónimas, con limitación de la transmisión de las participaciones sociales, o en Alemania, donde pugnan la consideración de sociedades colectivas con responsabilidad limitada y su consideración de anónimas simples con limitación de la transmisión de las acciones, en **España**, la Sociedad de Responsabilidad Limitada constituye una institución algo más que centenaria, a la que –bajo la forma de “*sociedades colectivas de responsabilidad limitada*”– ya se había hecho referencia en el Congreso de los Diputados, durante las sesiones de discusión sobre el Proyecto de Nuevo Código de Comercio, habidas en el año 1883 –dos años antes de la promulgación del CCo./1885–, con el fin de *incluir* este tipo entre la *lista* de las formas de sociedad *mercantil* (732). Sin embargo, el texto definitivo de nuestro CCo./1885 *no la incluyó*; es decir: no la reguló y ni siquiera la mencionó, aunque –ciertamente, y como se verá seguidamente– no dejó cerradas las puertas a su lícita constitución, en nuestro país. Así, esta nueva forma de sociedad surgió –según es ya un tópico, entre la Literatura jurídica española– como una creación de los empresarios y de la práctica notarial, sustentada sobre la base de lo dispuesto en el art. 122, CCo. (733). En su redacción primitiva –luego de fracasar la tentativa de introducir por vía legislativa el nuevo tipo social, de acuerdo con la *propuesta* del diputado Sr. Gil María FABRA– este precepto parecía dar pié a la admisibilidad de otras formas “atípicas” de *sociedad*, después de citar los tres tipos mercantiles tradicionales: Sociedad Colectiva, Comanditaria y Anónima. Igualmente, la posibilidad de crear sociedades de responsabilidad limitada –por entonces supuestamente *atípicas*– se sustentaba sobre la base de lo dispuesto en el derogado art. 108 del antiguo Reglamento del Registro Mercantil, de 1919, cuyo precepto autorizaba la inscripción de “*sociedades de responsabilidad limitada y razón social*”. Por lo demás, –y como ha señalado URÍA– la Sociedad de Responsabilidad Limitada vivió “*durante medio siglo en el más completo abandono legislativo*” (734).

732 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “Origen y evolución histórica de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. D. y BARBA DE VEGA, J.: “*La Sociedad de Responsabilidad Limitada*”, edit. ARANZADI, S. A., Pamplona, 1998, p. 38. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “La significación de la Reforma. Configuración y representación de la Participación social”, en VV. AA.: “*Tratando de la Sociedad Limitada*”, coord. por C. Paz-Ares, edit. FUNDACIÓN CULTURAL DEL NOTARIADO, Madrid, 1997, p. 26. Situando el origen de la Sociedad de Responsabilidad Limitada “*española*”, en los últimos años del siglo XIX, vid. DE SOLÁ CAÑIZARES, F.: “*Las Sociedades de Responsabilidad Limitada en el nuevo Derecho español*”, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, 1954, ps. 1 y 6 quien, señala que la Sociedad de Responsabilidad Limitada “*tiene un doble origen histórico que corresponda a dos sistemas jurídicos distintos: el sistema de “common law” y el sistema continental*”.

733 SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE.: “Instituciones...”, cit., t. I. 24ª ed., p. 482. DE SOLÁ CAÑIZARES, F.: “*Las Sociedades de Responsabilidad Limitada...*”, cit., p. 6, quien señala que “*se planteó el problema de si era lícita la constitución de esta clase de sociedades sin ley especial que las reglamentara y acogiendo a los preceptos generales del Código de Comercio*”.

734 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “Origen y evolución histórica...”, cit., p. 39. URÍA GONZÁLEZ/APARICIO.: cit., 28ª ed., p. 463. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “La significación de la Reforma. Configuración y representación de la Participación social”, en VV. AA.: “*Tratando de la Sociedad Limitada*”, coord. por C. Paz-Ares, edit. FUNDACIÓN CULTURAL DEL NOTARIADO, Madrid, 1997, p. 26. SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE.: “*Instituciones...*”, cit., t. I. 24ª ed., p. 482. DE SOLÁ CAÑIZARES, F.: “*Las Sociedades de Responsa-*

No consumado el intento representado por el proyecto de ROIG I BERGADA, de 1918⁽⁷³⁵⁾, y frustrado –también– la tentativa de regulación contenida en el anteproyecto de reforma del Código de comercio, de 1926⁽⁷³⁶⁾, la primera regulación jurídico positiva de la Sociedad de Responsabilidad Limitada –ya anunciada en la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951– fué la contenida en la Ley de 17 de julio de 1953, de régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada [en adelante, se citará: LSRL.-1953]. Esta Ley se proponía regular un tipo complementario de la Sociedad Anónima⁽⁷³⁷⁾. Y, así, lo que la Doctrina española puso de manifiesto, en su día⁽⁷³⁸⁾, fue que, al discutirse el Proyecto de CCo., el diputado FABRA i DEAS presentó una propuesta para regular lo que él mismo denominó “*sociedad colectiva de responsabilidad limitada*”; propuesta que se hacía porque el referido diputado consideraba que, en el Proyecto de CCo./1885, no cabía la creación de nuevos tipos sociales diferentes de los regulados en el mismo. Mas el argumento fundamental –hubo otro meramente procedimental– que se opuso, en la discusión parlamentaria, y por el cual no se aceptó la inclusión de esa nueva forma organizativa societaria –lo que hubiera sido formalmente innovador, pues el primer reconocimiento legal de la SRL. no se haría sino casi una década más tarde: en Alemania, en el año 1892– era que esta normativa especial no era necesaria, en España, dado que los arts. 117 y 122, CCo./1885 “consagraban” una amplia libertad de asociación mercantil, de forma que tan –supuestamente– amplia libertad permitía la creación de este tipo de sociedades colectivas de responsabilidad limitada sin necesidad de una regulación legal expresa.

La SRL. nace así, en España, al amparo de la libertad de formas del ar. 122, CCo./1885, tal y como era interpretado entonces por la generalidad de la doctrina, y suele afirmarse que es una creación notarial (así expresamente se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953). Y lo es en el sentido de que su nacimiento y desarrollo se hacen precisamente en escrituras de constitución de sociedad *colectiva* donde, con los más variados pactos, se establece el principio de que los socios no responden de las deudas de la sociedad con su patrimonio personal, o bien en escrituras de constitución de sociedades *anónimas*, estableciendo limitaciones varias a la transmisión de las acciones o pactando la disolución de la sociedad por causas típicas de las sociedades colectivas.

El problema es que la libertad de configurar a una sociedad *colectiva* como dotada del privilegio de la *responsabilidad limitada*, a favor de sus socios, **surgía de una defectuosa noción o concepto legal de la propia Sociedad Colectiva**, ya que, si de lo que se trata es de aludir al art. 122, CCo., como fundamento, no podemos por menos de hacer notar que la redacción original de este precepto ofrecía definiciones de los diferentes tipos societarios –sociedades colectivas, comanditarias simples y anónimas– que, en su mayor parte, eran *enormemente desafortunadas*, pues –en el caso de la Sociedad *Colectiva*– el precepto la describía como sociedad “*en que todos los socios, en nombre colectivo y bajo una razón social, se comprometen a participar, en la proporción que establezcan, de los mismos derechos y obligaciones*”. Por consiguiente, el tema de la responsabilidad universal, solidaria y subsidiaria de los socios, por las deudas sociales, que en todos los ordenamientos se reconoce como el rasgo definitorio esencial de este tipo o forma societaria, nuestro CCo./1885, en la redacción original de su art. 122... ¡Lo omitía por completo! Y, así, lo reducía al papel de mera característica accesoria, aunque natural, que –sin duda– podría ser *alterada*, porque no pertenecía a los “*essentialia*

bilidad Limitada...”, cit., p. 6, que señala que, a pesar de las controversias entre los autores, se constituían sociedades de responsabilidad limitada.

735 DE SOLÁ CAÑIZARES, F.: “*Las Sociedades de Responsabilidad Limitada...*”, cit., p. 6, quien señala que “*en 1918, el Ministro de Justicia, Roig y Bergadá, preparó un Proyecto de ley, reglamentando la sociedad de responsabilidad limitada, que no pudo ser sometido a las Cortes a causa de una crisis del Gobierno*”.

736 SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 24ª ed., p. 482.

737 VICENT CHULIA, F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 2º, 3ª ed., p. 923. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “*Origen y evolución histórica...*”, cit., ps. 39 y s.

738 GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “*Curso de Derecho Mercantil*”, t. I, Madrid 1936, ps. 293 y sigs; PRIETO GONZÁLEZ, C.: “*Los orígenes de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en España: el proyecto Fabra*”, *RDM*, nº 108 (abril-junio 1968), ps 215 y ss., etc.

rei”. Por eso, colándose entre los intersticios dejados por tan desafortunada disposición, pudo llegar a admitirse una Sociedad *Colectiva* con *responsabilidad limitada*.

Mayor justificación dogmática tendría el situar la raizar y el origen de la SRL., por lo que al Ordenamiento jurídico español se refiere, en las posibilidades abiertas por la regulación de la Sociedad Anónima: una vez más, el art. 122, CCo./1885, en su versión original, trataba de ofrecer una definición de la Sociedad Anónima, en la que –nuevamente– un elemento esencial del concepto pasaba a convertirse en *elemento meramente natural*: me refiero a la mismísima división del capital social en “*acciones*”, toda vez que el citado art. 122 se refería a la Anónima como una sociedad “*en que formando el fondo común los asociados por parte o porciones ciertas, figuradas en acciones o de otra forma indubitada, encargan su manejo a mandatarios o administradores amovibles que representan a la Compañía bajo una denominación apropiada al objeto o empresa a que destine sus fondos*”. Una vez más, la definición se muestra dramáticamente desafortunada, tanto por exceso, como por defecto... El defecto consistía en omitir –precisamente– dos de los rasgos más fundamentales de la Sociedad Anónima: la existencia de un *capital social* y la *no responsabilidad de los socios* por las deudas sociales; omisión de trascendencia y significado muy parecidos a los de las omisiones que existían en la definición de la Sociedad Colectiva. Pero, al menos, aquí sí que podría haber una mayor justificación para reconocer la figura de un nuevo “*tipo*” social –la SRL., como sociedad “*en que formando el fondo común los asociados por parte o porciones ciertas*”, no lo “*figuran*” en acciones, sino que lo figuran “*de otra forma indubitada*”: las participaciones sociales, que no podrían incorporarse a títulos-valores.

Ahora bien; los defectos del sistema pronto comenzaron a percibirse. Y, así, cuando el art. 108 del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919, que –como es obvio– no podía incorporar normas sustantivas, sino meramente adjetivas, vino a reconocer la existencia de las SRLs., al sólo efecto de la inscripción, dijo que se considerarían comprendidas en el art. 107 del Reglamento, y, por tanto, conforme a los artículos 117 y 122, CCo. “*deberán, ..., ser inscritas en el Registro Mercantil, las llamadas Sociedades de Responsabilidad Limitada y razón social siempre que no se las designe con las palabras ‘colectiva’, ‘comanditaria’ o ‘anónima’*”.

¿Como interpretar semejantes disposiciones? Ya Wenceslao ROCES, traductor de la obra de FEINE, “*Las sociedades de responsabilidad limitada*”, editada en 1930, señaló que no estaba reconocida, en nuestro Derecho, la existencia legal de las SRLs., porque los preceptos aludidos eran normas reglamentarias puramente interpretativas; además, porque el artículo 117 CCo. se refiere a la libertad material, es decir, a los pactos entre los socios, pero no afecta a las formas fundamentales a que la sociedad ha de atenerse para constituirse y funcionar; y porque el artículo 122, encabezado por la frase “*por regla general*”, hay que interpretarlo poniéndolo en relación con el 124, que se refiere a otra clase de sociedades que solamente serían mercantiles en ciertos casos. Ciertamente, el planteamiento de ROCES habría resultado muy certero si los términos del art. 122 hubieran sido los actuales, aunque –precisamente cuando se hallaba en vigor la versión original– bien pudiera ser que las –insistimos, desafortunadísimas– definiciones legales de las distintas “*formas*” sociales hubieran permitido configurar una sociedad de responsabilidad limitada, bajo forma de anónima por participaciones, o incluso bajo forma de colectiva de responsabilidad limitada.

Por otra parte ROCES –al exponer sus opiniones– prefirió hablar de forma, frente a aspecto sustantivo, cuando debió referirse al problema de que la elección de un tipo es algo que no sólo influye “*ad intra*”, sino también “*ad extra*”; es decir: en las relaciones con terceros, donde entran en juego cuestiones como la representación y la responsabilidad; es decir: cuestiones relativas a la personalidad jurídica.

Sea como fuere, el Reglamento de 1919 reconocía la existencia de algo que ya estaba funcionando [Por eso decía “*las llamadas*” sociedades de responsabilidad limitada]. Asimismo, imponía o establecía la prohibición de confusión con los tipos sociales regulados por el Código y, finalmente, daba a entender que la función esencial del Reglamento, respecto a estas sociedades, era la publi-

cidad de la limitación de responsabilidad. Ahora bien; esto significa que el Reglamento de 1919 convirtió en nueva “*forma*” societaria, distinta de las demás –por eso prohibió que a estas nuevas sociedades “*se las [designase] con las palabras ‘colectiva’, ‘comanditaria’ o ‘anónima’*”– la que antes podría haber tenido perfecta cabida en los tipos codificados: esto –en principio– no supuso crear un nuevo tipo, sino “*moldear*” los preexistentes. Y cuando el nuevo tipo surgió, como tal, fue obra de la Norma jurídica, aunque fuese reglamentaria, y no de la mera práctica privada. En este sentido, pudiera parecer que el texto legal del Código casi no sufrió variación, salvo la adición de la figura de la Sociedad *Comanditaria por acciones*, que antes tenía una mínima referencia en el primitivo artículo 166, hasta el punto de que GARRIGUES la incluía dentro del tipo de las formas sociales no reglamentadas, sino meramente mencionadas, pero es posible que las cosas no sean, del todo, como parecen. Muy por el contrario, en nuestra opinión, cabe, e incluso es preciso, afirmar –decidida y taxativamente– que el art. 122, CCo./1885 sí que sufrió una *importantísima modificación*, ya que se suprimieron las desafortunadas “definiciones” de las formas societarias en él mencionadas, cuyos respectivos conceptos legales sufrían, al mismo tiempo que una supresión formal, una reformulación sustancial, ya que –desaparecidas del texto las aludidas definiciones– en adelante, las de cada una de las distintas formas societarias tendría que extraerse, por inducción, de los contenidos normativos de las respectivas leyes reguladoras: el CCo./1885, para las sociedades *colectivas, comanditarias simples y comanditarias por acciones*; el TRLSA./1989, para las sociedades *anónimas*, la LSRL./1995, para las SRLs., cuyos preceptos pueden –y de hecho así es– diferir abismalmente de los conceptos formulados por la versión original del art. 122, CCo., lo cual –inevitablemente– obliga a replantear los términos del problema de la posibilidad de sociedades *atípicas*.

Por otra parte, no hay que confundir “*tipicidad*” con “*nominación*”, ni sociedad típica, con sociedad dotada de un “*nomen iuris*”. No toda sociedad nominada es, por ése sólo hecho, una sociedad plenamente típica. Y, desde luego, no toda sociedad tipificada es, por ese sólo hecho y en todo caso, sociedad “*nominada*”. Y estas dos advertencias –en nuestra opinión– contribuyen a tener una cabal comprensión de los términos en que se produjo la –supuesta– aparición de sociedades atípicas. Para empezar, si el art. 166, CCo./1885, contenía, ya desde un principio, una mínima referencia a la Sociedad *Comanditaria por Acciones*, hasta el punto de que GARRIGUES la incluía, ya por entonces, dentro del tipo de las formas sociales no reglamentadas, aunque sí –meramente– mencionadas; es decir “*nominadas*”; dotadas de un “*nomen iuris*” legal, entonces ya no es posible afirmar que el CCo. hubiera permitido la creación, por los particulares, de un tipo o –mejor– de una *forma societaria desconocidos en la Ley...* Porque la Ley –el art. 166, CCo., en su redacción original– *conocía* la Sociedad *Comanditaria por Acciones*, aunque no la regulase. Se trataba de una sociedad *atípica*, pero *nominada*, y la “*nominación*” es, en cierto sentido, una forma muy simple y rudimentaria de reconocimiento; de *admisión* legal positiva.

Y por lo que hace a la SRL., dados los términos del art. 122, CCo., en su redacción original; dado que podría haber sido configurada, ora como una sociedad *colectiva* pero con *responsabilidad limitada*, ora bien como una sociedad *anónima por participaciones*, porque tenía perfecta cabida dentro de las respectivas definiciones “*primitivas*” u originales de la Sociedad Colectiva y de la Sociedad Anónima, el fenómeno producido no habría sido, propiamente, el de una *atipicidad* societaria, sino –más bien– el de una sociedad *innominada pero típica*, ya que los tipos *Colectiva* y *Anónima* eran tan amplios, que hubieran permitido incluir –y regular– esta “*nueva*” forma societaria. En este sentido, si se afirma que el CCo./1885, en su versión original, fue un texto legal que permitió *excluir* la extensión a los socios de una sociedad mercantil de la responsabilidad por las deudas sociales, esa afirmación –siendo verdadera– *no puede explicarse en términos de admisión de la atipicidad de sociedades*.

Sin duda, el argumento de que la SRL. encontró su base normativa en el Reglamento de 1919 es histórica y legalmente inadmisibles, cuando menos en los términos que se interpreta semejante afirmación. Fue el propio CCo./1885, en su redacción original, el que proporcionó esa base normativa. Mas no fue porque admitiese la “*atipicidad*”, sino porque –dados los términos originales del

art. 122— los tipos societarios estaban configurados de tal modo que la SRL. tenía perfecta cabida, ora entre las sociedades *colectivas*, ora bien entre las sociedades *anónimas*. Partiendo de esta base, la praxis notarial discurrió por esos cauces; principalmente, por el cauce de la Sociedad *Anónima modificada*, creyendo “inventar”; creyendo introducir “*ex nihilo*”, algo que ya estaba inventado —aunque no desarrollado— por el CCo./1885. En cierto sentido, más que crear una nueva forma social, se materializaba —vía escrituras sociales notariales— un *subtipo* especial de la Anónima: aquella en la que las cuotas de los socios no estaban representadas por medio de acciones, sino *de otro modo*: por medio de *participaciones sociales*, no titulizables. A partir de aquí, el Reglamento se limitó a regular algo que ya existía, aunque —si se nos permite el parangón— dió lugar a algo que podría describirse, como fenómeno, recurriendo a una analogía con el “*Principio de Incertidumbre*” de HEISENBERG, conforme al cual, por el mismo hecho de realizar la medida, el experimentador modifica o viene a alterar, de algún modo, los datos analizados: así, la regulación, aparentemente formal y adjetiva, tuvo un efecto sustantivo importantísimo: **independizó —dentro del sistema de tipos o formas societarias legales— a la SRL., que ya no podría configurarse, ni como colectiva, ni como anónima.** Por consiguiente, aun cuando el autor del Reglamento de 1919, era —como bien señaló GARRIGUES— plenamente consciente de sus límites normativos —y las recientes experiencias sobre el control judicial de las reformas del Reglamento Hipotecario, Reglamento del Registro Mercantil y Reglamento Notarial nos lo dejan hoy absolutamente claro—, no obstante ello, fuerza es reconocer que el texto reglamentario supuso un apoyo de primer orden a la definitiva admisión de la SRL., sin desconocer por éllo la importancia que también tuvo la Ley del Impuesto de Utilidades de 1920. Pero la admisión lo fue del “*nomen iuris*” de la SRL., y no de la posibilidad de constituir tales sociedades, ni —menos, aún— de la supuesta libertad de creación de figuras absolutamente no contempladas en la Ley.

Así las cosas, y dado que la interpretación del Derecho societario codificado, en su versión primera, tampoco demuestra lo contrario, parece que se encuentra más fundada en Derecho —otra cosa es si quizá esta solución sea la deseable, en términos de política legislativa— la opinión de que, por principio, los particulares no pueden inventar nuevas formas de sociedad, sino que deben limitarse a elegir alguno de los tipos sociales previstos por el legislador (sistema de “*numerus clausus*”, en la creación de tipos sociales), y el argumento más utilizado por la doctrina es que están en juego intereses de terceros y de seguridad y claridad del tráfico que, forzosamente, restringen la libertad contractual en la materia. La promulgación de la Ley de sociedades anónimas, de 17 de julio de 1951 y de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, de 17 de julio de 1953, lleva a que el tipo básico en sociedad mercantil sea la sociedad colectiva, de forma que si alguien pretende apartarse de ese régimen general para acogerse a otro más benigno, ha de hacerse bajo la garantía de los otros tipos societarios, ya que de no ajustarnos a la tipicidad normativa “*se podría hacer caer la totalidad del edificio legislativo*” (GIRÓN) y que no se debe cargar al tráfico con la necesidad de una investigación del alcance de cada invento de tipo que pueda hacerse por el simple hecho de que se hubiera inscrito en el Registro. En la misma línea, PAZ-ARES (“*Lecciones de Derecho Mercantil*”, dirigido por A. MENÉNDEZ, pg 282) señala que desde el punto de vista de la seguridad del tráfico, el principio del “*numerus apertus*” resulta altamente perturbador, ya que la proliferación de figuras societarias nuevas generaría una confusión tal del tráfico societario que lo colocaría al borde del colapso.

Otro argumento utilizado por la doctrina (EMBED) es que se da lugar al nacimiento de una persona jurídica susceptible de afectar a los terceros a través del mecanismo de la representación y señala como los criterios sociales y económicos cuya presencia en la realidad social vivifica el contenido de las normas no son los mismos a lo largo de la vigencia de un determinado precepto, de forma que hay que concluir con una interpretación de la norma adaptada a la realidad social, y ésta es excluyente de la posibilidad de crear nuevos tipos, por afectar a una suerte de orden público económico que se ha ido forjando a lo largo de la historia de nuestra legislación mercantil.

Los dos primeros argumentos esgrimidos —y expuestos— nos parecen o pueden parecer perfectamente acertados. Mayores dudas nos suscita, en cambio, un tercer argumento según el cual la legislación especial de sociedades anónimas y limitadas habría venido, supuestamente, a determinar

una *derogación legal tácita* del principio de libertad de configuración del tipo que, aparentemente, se contendría en el CCo./1885. Y es que, en realidad, no parece que el CCo. hubiera seguido un sistema de libertad de creación de formas sociales no tipificadas ni siquiera nominadas. Más bien de lo que se trataba era de lo que podríamos describir como un sistemas de “*formas abiertas*”, que –por lo mismo– admitían, dentro de tales moldes, “*tipos*” más o menos diversos. Así, la “Forma social” se configura por el Ordenamiento, partiendo de un “*modelo abstracto*”; partiendo de un “*tipo ideal*” de sociedad; tipo de diversa rigidez, según los casos, cuya adopción por el legislador comporta o tiene como consecuencia la *adopción de determinadas soluciones* jurídico-positivas (739). A veces, la forma social se configura con los rasgos de un “*modelo excluyente*”, mientras que en otras ocasiones, por el contrario, la forma social se configura con los rasgos de un “*modelo prevalente*”, que no cierra la puerta a la posibilidad de que “*bajo la misma forma se alberguen otros modelos diferentes*” (740). Así las cosas, arece claro que esta distinción “Forma”/“Tipo” –o bien: “Tipo”/“Subtipo” (741)– resulta de extraordinaria utilidad para analizar el verdadero sentido original del art. 122, CCo./1885, y para valorar las consecuencias de su posterior –y trascendentalísima– modificación.

En cualquier caso –y volviendo al curso principal de nuestras reflexiones–, lo único que estaría justificado afirmar, al respecto, sería que la legislación especial de sociedades anónimas y limitadas vino a *refrendar y reafirmar* el sistema de “*numerus clausus*”, o –mejor dicho– a *refrendar y reafirmar* el Principio de *Legalidad* y de *reserva de Ley*, en materia de creación de formas o tipos societarios. Quizá por este motivo, con ocasión de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, el Legislador societario español abandonó la solución anterior y limitó la protección registral únicamente a las “*sociedades que se [constituyeran] con arreglo a las disposiciones o formas del Código de comercio o a leyes especiales*” [art. 84, nº 1].

Pero el Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 también se encuentra derogado –salvo algunos de sus preceptos–, y su derogación tuvo lugar porque se vió sustituido por el –asimismo, derogado– Reglamento del Registro Mercantil, de 29 de diciembre de 1989, que acaso podría haber modificado el sistema. En este sentido, se hace notar que el art. 94, nº 1, del Reglamento de 1989 difería radicalmente –hasta el punto de no admitir parangón con él– del art. 84, nº 1, del Reglamento de 1956. Ya no se encontraba en este precepto ninguna mención a las “*sociedades que se [constituyeran] con arreglo a las disposiciones o formas del Código de comercio o a leyes especiales*”, pues directamente comenzaba por referirse a la primera inscripción de las sociedades, como primera inscripción que se habría de anotar en la hoja abierta a cada sociedad. El argumento, de todos modos, no vale si el parangón se lleva a cabo entre el art. 84, nº 1, del reglamento de 1956, y el art. 94, nº 1, del Reglamento de 1989, sino solamente si el parangón se lleva a cabo entre el art. 84, nº 1, del Reglamento de 1956, y el art. 81, nº 1, apdos. b) y ss., del Reglamento de 1989. Claro que este último tampoco contenía ninguna mención a las “*sociedades que se [constituyeran] con arreglo a las disposiciones o formas del Código de comercio o a leyes especiales*”, sino que hablaba de las “*sociedades mercantiles*”, a las que añadía –acto seguido– las “*sociedades de garantía recíproca*”, las “*cooperativas de crédito, las mútuas y cooperativas de seguros y las entidades de previsión social*”, las “*sociedades de inversión colectiva*” y las “*agrupaciones de interés económico*” y las “*cajas de ahorro*”, junto a otros objetos –que no entes– como los fondos y las sucursales.

739 ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J.: “La Sociedad Anónima como...”, cit., p. 10. ALONSO ESPINOSA/SÁNCHEZ RUIZ.: “Lección 1ª: Teoría General de Sociedades”, cit., p. 42, quienes señalan que “*Forma social es toda sociedad resultado de añadir legalmente a la sociedad en sentido básico una serie de características morfológicas con carácter imperativo cuya producción y eficacia se verifica en el contexto de un determinado régimen jurídico*”.

740 ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J.: “La Sociedad Anónima como...”, cit., p. 10. ALONSO ESPINOSA/SÁNCHEZ RUIZ.: “Lección 1ª: Teoría General de Sociedades”, cit., p. 42, quienes señalan que, “*junto al tipo ideal que subyace tras una forma social, pueden darse múltiples funcionalidades o formas atípicas de utilizar una forma social*”: los llamados tipos *reales*.

741 SÁNCHEZ CALERO, F.: Comentario al Artículo 1º: Concepto”, cit., ps. 9 y s.

El sistema se ha mantenido idéntico, en el vigente Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real decreto nº 1784/1996, de 19 de julio, lo cual –una vez más– podría dar lugar a la tentación de creer que se ha vuelto a un sistema de “*numerus apertus*”. En todo caso, podría resultar un argumento peligroso –y de una peligrosidad bífida o bicéfala– el argumento asociado a la “oclusión”, o no, del Registro Mercantil, a nuevos tipos societarios, porque entonces sucedería que siempre cabría remitirse al sistema del artículo 1669, CC.; es decir: de la adquisición de personalidad jurídica por el cauce de una simple publicidad “*de hecho*”; es decir: no mantener reservados los pactos sociales, y establecer un sistema de representación del colectivo de socios. Esta solución que podría parecer jurídicamente impecable... bien pudiera resultar, en el plano práctico, catastrófica para la seguridad jurídica y del tráfico, en el seno de las actividades constitutivas de empresa.

Ahora bien –y volvemos a las metáforas tomadas de la Física– si los principios de “*numerus clausus*”, o de *Legalidad* y de *reserva de Ley*, en materia de creación de formas o tipos societarios, juegan en el sistema de forma similar a lo que representa la velocidad de la luz, como límite de la velocidad que pueden alcanzar los objetos, ¿existe alguna forma de alcanzar una “velocidad superior a la de la luz”, o –en nuestro caso– **¿existe alguna forma de eludir los principios de “*numerus clausus*”, *Legalidad* y de *reserva de Ley*, en materia de creación de formas o tipos societarios, de modo que los particulares puedan crear otros –aparentemente– desconocidos por la Ley positiva?**

Un interesante ejemplo podría constituirlo la figura de la **Sociedad Comanditaria por participaciones sociales**, que nuestro CCo. –y nuestras leyes de sociedades anónimas [TRLSA./1989] y limitadas [LSRL./1995]– desconocen, pues sólo se regula la comanditaria por *acciones*. Cualquiera que fuera la utilidad de la figura [y, al menos, ya la tiene en la medida que, por tratarse de una sociedad *limitada*, impide la incorporación de la posición del socio a títulos valores más o menos libremente negociables], parece que deberíamos reconocer que no hay perjuicio alguno para los intereses legítimos de terceros, que merezcan –que *precisen*– una protección especial, como la deparada por los principios de legalidad y reserva de ley, en materia de formas y tipos societarios.

“*Prima facie*”, la figura, la *forma* o *tipo* societario hipotético, a que acabamos de hacer alusión, no parece susceptible de configurarse como una variación de la Sociedad *de Responsabilidad Limitada*, dado que se podría aducir que, en las sociedades *comanditarias* de todo tipo –es decir, *simples* o *por acciones*– hay una relación, todavía no rota por la doctrina, entre responsabilidad ilimitada y gestión, de forma que la gestión debe atribuirse a un socio con responsabilidad ilimitada, frente a la exigencia de la sociedad limitada de que el administrador puede ser cesado y nombrado en cualquier momento por la Junta General. Y es que, en el fondo, la cuestión de la libertad de creación de tipos societarios nuevos no es otra que la libertad de creación de tipos societarios personalistas con responsabilidad limitada.

Pues bien; en nuestra opinión, la admisibilidad de una sociedad *comanditaria por participaciones*, sin necesidad de profundizar en la búsqueda de otros argumentos adicionales, podría justificarse sobre la base de los principios “*a maiore, ad minus*” y “*a minore, ad maius*”; sobre la base del principio de que **si la Ley positiva admite lo más, debe –también–, por lógica, admitir lo menos, y de que si impone lo menos, también debiera –por lógica– imponer lo más**: si la Ley positiva admite que pueda existir una sociedad con dos tipos de socios, uno de los cuales tiene responsabilidad ilimitada, por las deudas sociales, mientras que el otro no la tiene. Y si la situación de los socios que no tienen responsabilidad por las deudas sociales se mueve, lícitamente, entre dos situaciones completamente distintas:

1. En la sociedad comanditaria simple, los socios comanditarios –que no responden por las deudas sociales– tienen su posición jurídica de socios representada por –o mejor dicho ostentan o tienen atribuidas– **cuotas sociales**, lo cual dificulta enormemente la transmisión a otro de sus partes de socio.

2. En la sociedad comanditaria por acciones, los socios con responsabilidad limitada tienen su posición jurídica de socios representada por **acciones** [son accionistas], lo cual –al contrario del supuesto anterior– facilita enormemente la transmisión a otro de sus partes de socio.

Pues bien; si cabe una posibilidad y también su contraria, **¿por qué no va a ser posible admitir la posibilidad intermedia?** ¿Por qué no va a ser posible que –además de en cuotas o partes de socio, y además de por medio de acciones, que pueden adoptar la forma de títulos o de anotaciones en cuenta–, las cuotas de socio de responsabilidad limitada, en las sociedades comanditarias, se representan por **“participaciones sociales”**, como en la SRL? No creemos que exista inconveniente alguno, serio, frente a esta posibilidad. Es más; a decir verdad, los términos de los **arts. 145 y ss., CCo.**, cuando regulan la Sociedad Comanditaria simple son amplios y, en nuestra opinión, darían cabida a una sociedad comanditaria simple, en la que las partes de los socios comanditarios adoptasen la estructura de **“participaciones sociales”**, como las de la SRL.

Mas el problema no reside tanto en *si* es posible una sociedad *comanditaria por participaciones*, sino a *qué* se parecerá semejante sociedad; **como qué tipo o forma social habrá de configurarse; bajo qué preceptos positivos podría ampararse o guarecerse, y a qué preceptos y régimen quedaría sometida.** Por expresarlo en otros términos: una sociedad *comanditaria por participaciones*, **¿sería una sociedad comanditaria simple, una sociedad comanditaria por acciones ‘sine chartis’ o una sociedad de responsabilidad limitada con socios que asumiesen responsabilidad personal directa por las deudas sociales?**

Quizá varias de estas posibilidades tuvieran cabida: la Sociedad Comanditaria Simple, configurada legalmente como un subtipo o subespecie de la Colectiva, centra el régimen de riesgo y responsabilidad en la distinción entre dos tipos de socios: los socios *colectivos* y los socios *comanditarios*, que ni intervienen en la gestión social, ni responden por las deudas sociales ⁽⁷⁴²⁾. Por este motivo, quizá no exista mayor problema en que puedan *ser sustituidos*, cambiar por otros nuevos, lo cual –p.e.– permitiría la configuración de sus cuotas o partes de socio, como las participaciones sociales de la SRL., dotándolas de un mismo régimen circulatorio.

En cuanto a la posibilidad de configurar a la Sociedad Comanditaria por Participaciones, como una SRL. *con socios que asumiesen responsabilidad personal directa por las deudas sociales*, también nos parece una opción viable, dado el carácter híbrido de esta forma societaria, sin que las palabras del **art. 1º, LSRL./1995** –“En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales”–, pese a su aparente imperatividad [“no responderán”], constituyan obstáculo alguno, porque –en nuestra opinión– lo que beneficia a los terceros y resulta registralmente público para quienes ingresen como socios, debe considerarse *extramuros* de la imperatividad legal. Se trataría, más bien, de un caso de *semi-imperatividad*.

En este sentido, resultaría conveniente que una **sociedad comanditaria por participaciones** se configurara como una sociedad **de capitales**, porque sólo así la mutabilidad de los socios podrá verse compensada por el hecho de que exista un **capital social**, con los fines de garantía que son propios de estas sociedades. En este sentido, cabría señalar que sería preferible –aunque no estrictamente necesario o inevitable– **que la Sociedad Comanditaria por participaciones sociales, estuviera más**

742 LANGLE RUBIO,E.: “Manual...”, cit., t. I, p. 474. URÍA GONZÁLEZ,R.: cit., 24ª ed., p. 210, quien señala que la existencia de estas dos clases de socios “es el dato verdaderamente diferenciador de esta sociedad frente a la colectiva, con la que tiene analogías esenciales”. VICENT CHULIÁ,F.: “Introducción...”, cit., 12ª ed., p. 225. HEMARD/TERRÉ/MABILAT.: cit., t. I, p. 327. MERLE,Ph.: cit., 5ª ed., p. 157. DI SABATO,F.: cit., 6ª ed., p. 117. HENNERKES,B-H. y BINZ,M.: “Die GmbH & Co. Gesamtdarstellung in handels- und steuerrechtlicher Sicht unter Berücksichtigung arbeits- und mitbestimmungsrechtlicher Fragen sowie des Umwandlungsrechtes”, edit. C.H.BECK’SCHER VERLAGSBUCHHANDLUNG, 7ª ed. reelaborada y ampliada de la obra de los profres. C.Böttcher y J.Beinert, Munich, 1984, p. 1.

próxima al modelo de las sociedades anónimas –como la Sociedad Comanditaria *por acciones*– y **limitadas**, que al modelo de las sociedades colectivas y comanditarias *simples*.

Por otra parte, también hay que tener presente el fenómeno denominado de la **polivalencia funcional** de algunos tipos sociales; fenómeno que se dan con especial intensidad en la SA., de la cual cabe afirmar que posee una notable adaptabilidad, no sólo a las actividades más diversas, sino también a las dimensiones empresariales más variadas. Prueba de lo primero es la inabarcable serie de actividades económicas –en principio, casi cualquiera– que pueden ser desarrolladas por Sociedades anónimas; factores permiten hablar de subtipos de la SA., y –más en concreto– que se pueda diferenciar: desde una “*Gran SA*”; una SA. “*abierta*”, que lleva sus títulos a la Bolsa y que, para su financiación, hace *llamamiento al ahorro público*, acudiendo al mercado de capitales, hasta unas sociedades anónimas familiares, etc de carácter cerrado, en las que se haría patente la presencia y necesidad de una real y verdadera “*affectio societatis*” (743). Hasta tal punto es esto así, que no sería extraño que, en un futuro más o menos inmediato, la Anónima, como tipo, terminase *escindida en varias modalidades o tipos diferentes* (744).

III.3.– LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES: ¿REGLA O EXCEPCIÓN?

La personalidad jurídica –la “*personificación*”– de organizaciones humanas voluntarias, de carácter duradero y finalista, **¿constituye una regla o representa una excepción?** En nuestra opinión –y aunque pudiera parecer paradójico y contradictorio–, la respuesta a esta interrogante doctrinal, de indiscutible trascendencia práctica, es que: *ambas cosas a la vez*, lo cual –como habremos de ver– puede suceder y explicarse, con relativa sencillez, si nos enfrentamos con un ordenamiento jurídico, como el Español, donde se distingue claramente ente sociedades *civiles* y sociedades *mercantiles*.

Como ya señalé, anteriormente, el Poder Legislativo cuenta con la potestad de determinar, objetiva y genéricamente, cuáles son las personas jurídicas que admite el Ordenamiento jurídico, en cuyo seno se inserta y del que forma parte, pero del que constituye –también– el motor. Y, en este sentido, pareciera que la la “*personificación*”– de organizaciones humanas voluntarias constituye una *excepción*, pues no son los particulares los que cuentan con ese poder, sino el Estado. Pero una cosa es la potestad de determinar, objetiva y genéricamente, cuáles son las personas jurídicas que admite el Ordenamiento jurídico, y otra –muy diferente– el poder de *crear* organizaciones *personificadas*. Este poder –en principio– le es reconocido a los *ciudadanos*; a los particulares, ora en virtud del art. 22 [“1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”], ora bien en virtud del art. 34 [“1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley. 2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22”], o –por fin, y sobre todo– de conformidad con el art. 38, Const.Esp.

Ambos “poderes” –uno, *potestad*, y el otro, *derecho subjetivo*–, cuando se ejercitan, pueden ocasionar consecuencias de hondísimo calado, y –concretamente– los diferentes derechos subjetivos de asociación, fundación y libertad de empresa, pueden producir el surgimiento de un sinnúmero de nuevos entes organizativos, que –si se ajustan a las previsiones generales del Ordenamiento jurídico– terminarían por ser considerados como verdaderas personas jurídicas. En este sentido, cuando se afirma que –en el plano normativo– el Ordenamiento jurídico *establece*, porque *puede*, a qué entidades cabe atribuir personalidad jurídica, expresando esta decisión mediante *leyes parlamentarias*,

743 SÁNCHEZ CALERO,F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22ª ed., p. 223.

744 SÁNCHEZ CALERO,F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22ª ed., p. 223.

hay que aclarar o matizar que lo que, en realidad, sucede es que esas leyes establecen, no solamente el elenco de tipos o formas que pueden alcanzar la condición de personas jurídicas de Derecho privado, sino también –y sobre todo– en qué *condiciones* y concurriendo cuáles *requisitos* se les reconocerá –deberá reconocérseles– esa cualidad de *personas*. Esto es así, desde el punto y hora que –precisamente– el Ordenamiento jurídico se aparta de los sistemas de “*octroi*” y de autorización administrativa, y –al renunciar a unos instrumentos de control tan agresivos, reconociendo la libertad de constitución de sociedades y fundaciones– ha de sustituirlos por un sistema de controles legales: la *Ley* de sociedades o la *Ley* de fundaciones, como instrumentos de *institucionalización* del acceso a la personalidad jurídica.

Así las cosas; llega un momento en que los arts. 22, 33 y 38, Const.Esp. confluyen con lo dispuesto en el art. 9º, nºs 1 y 3, de la misma, cuando establecen, respectivamente, que “*los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”, y que “[1]a *Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”. Si los Poderes Públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, que garantizan –entre otras cosas– la *seguridad jurídica* y la *interdicción* de su *arbitrariedad*, entonces la conclusión lógica es que ni el Legislador, ni la Administración, ni los Tribunales de Justicia, ni los notarios, registradores, etc., pueden hacer otra cosa que plegarse al “*reconocimiento*” de la personalidad jurídica de aquellas sociedades que hayan sido constituidas observando escrupulosamente –esos “*escrúpulos*” entendidos, siempre, dentro de los límites reconocidos a la autonomía negocial y estatutaria privada–, las normas jurídicas que establecen los requisitos legales de constitución; normas que –como se ve– resultan tan vinculantes para los fundadores, como para los mismos Poderes Públicos.

Pues bien; ¿es ésto algo excepcional? La posibilidad de los particulares de obtener de los Poderes Públicos del Estado, en la forma que se ha descrito en su momento, el reconocimiento *como personas jurídicas*, de organizaciones de personas por ellos creadas, con todas las gravísimas consecuencias que de éllo derivan, ¿constituye una *regla general*, o –por el contrario– representa la *excepción* a la regla contraria?

De conformidad con el Diccionario R.A.E., la voz “*excepcional*” posee las siguientes dos acepciones: 1. adj. Que constituye excepción de la regla común. 2. adj. Que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez; dos acepciones que –en ocasiones [y esta bien pudiera ser una de ellas]– resultan sutilmente diferentes, e incluso pueden llegar a diverger hasta tal punto que, en cierto sentido, casi podrían presentarse como contradictorias. Y es que, puede ser que algo se aparte de lo que es regla común, constituyéndose en excepción, pero que este fenómeno se produzca con tal frecuencia que no se pueda identificar lo “*excepcional*” con lo “*raro*”; con lo que resulta infrecuente. Y es que, ciertamente, las personas jurídicas de Derecho privado son todo lo que se quiera menos “*raras*”. En realidad constituyen, hoy por hoy, el supuesto normal en el tráfico mercantil.

La aparente contradicción se puede solventar si se piensa que la “*regla*” de la que se aparta aquello que se califica como “*excepcional*”, es –en el primer caso [acepción 1ª]– una *regla lógica*. Y cuando decimos regla “*lógica*”, queremos decir que es una regla pertinente al *logos* [“*λόγος*”], en el sentido metafísico e incluso teológico de la expresión: estamos ante una regla que lo es en cuanto se extrae de la inteligencia sustancial –“*λόγος*”– presente en todas las cosas; el ser mismo de ellas, como lo concebía el filósofo griego HERÁCLITO. El *logos*, tal como lo concibió HERÁCLITO, está relacionado con la actitud racional; con la utilización de la razón para la comprensión del mundo natural y humano. Y el uso de la razón nos revela, con toda claridad, que la Persona, o es *natural*; humana, o no es “*persona*”. La humanidad de la persona es la regla, y el Derecho lo que hace es reflejarla, pero no modificarla. Como mucho, lo que el Derecho positivo puede hacer es *imitarla*, haciendo que lo que no es una regla lógica se comporte o sea tratado *como si* lo fuera. En este sentido

—muy lato— las reglas lógicas también pueden incluir las reglas *jurídicas*, que tienen carácter universal y objetivo, pero sólo en un sentido *formal*, mientras que las reglas “*lógicas*” puras —las que se fundamentan exclusivamente en el *λόγος*—, son reglas lógicas en sentido material y además son absolutas, universales e inmutables: las cosas del mundo están ordenadas siguiendo *leyes*, porque el mundo es un *cosmos*, y no un mero caos. El que las cosas se comporten siguiendo leyes quiere decir que un cuerpo no se manifiesta primero de una manera y luego de otra completamente distinta, sino que en su manifestación hay cierto orden, hay sólo un ámbito de posibilidades para la expresión de cada objeto, y eso es así en virtud de la esencia o *naturaleza* de los objetos.

Frente a estas dos posibilidades, la alternativa son las meras reglas *empíricas*; que constituyen un dato de la experiencia, considerada *cuantitativamente* y no cualitativamente. Son aquellos hechos o realidades que suceden, aunque se aparten de las reglas lógicas, con cierta *frecuencia*, que alcanza una entidad tal que podría hacer pensar que se está ante reglas lógicas, sin serlo.

Pues bien; en el plano de lo jurídico, la excepcionalidad lo es, más bien, en el primero de ambos sentidos: aquello que constituye excepción de la regla —*jurídica*— común o general. Y, así, la atribución y el reconocimiento de la personalidad jurídica a las organizaciones de naturaleza privada solamente podrá ser considerada como algo excepcional *si*, verdaderamente, se aparta de la regla —*jurídica*— común o general. Mas, para determinar si tal es el caso, aún tendríamos que afrontar un problema epistemológico; un problema que atañe a los fundamentos y métodos del conocimiento científico de las instituciones jurídicas: *determinar* cuál es, o *cuáles son*, esas supuestas “*reglas generales*”, de las que —en su caso— se apartaría la Persona Jurídica. La respuesta a la interrogante suscitada puede y debe extraerse del propio Ordenamiento jurídico; concretamente —por poner el ejemplo del Ordenamiento jurídico español—, de lo dispuesto en nuestra Constitución, de 1978, y de nuestro Código civil. Una y el otro ofrecen ciertos datos muy significativos, que tienen que ver con su interpretación sistemática; una sistemática en la que el sujeto fundamental de las relaciones jurídicas es el Ser humano; la Persona *natural* o *física*.

Así; en el Tít. I, Const.Esp., se aprecia una sistemática expositiva y normativa, en la que se distinguen varias secciones, siendo la primera —Secc.Iª— la que trata de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, y sucede que el primero de los derechos que se reconoce en esa sección —art. 15, Const.Esp.— es el derecho a la vida y a la integridad física [“*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte...*”]; un derecho que es privativo de los seres humanos. Además, el art. 17, nº 1 proclama el derecho a la libertad personal [“*1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley...*”]. El reconocimiento de este derecho supone —para decirlo brevemente— que el Ser humano *nunca* puede ser *objeto* de una relación jurídica *patrimonial*, pues lo contrario equivaldría a reconocer la esclavitud. Por el contrario, cuando —mucho más tarde [dicho sea en términos relativos]— el art. 22, Const.Esp. proclama el derecho de asociación; el derecho de crear personas jurídicas de base asociativa, y —luego— los arts. 34 y 38 hacen lo propio con el derecho de fundación y con la libertad de empresa, que son importantísimos puntales constitucionales; títulos habilitantes del máximo rango, pero donde ese mismo derecho —implícito o explícito— de crear organizaciones voluntarias dotadas de personalidad jurídica, nos revela que la asociación, la sociedad y la fundación —desde este punto de vista— entran en juego como objetos o como contenidos, y no como sujetos, de los citados derechos. Por consiguiente, del Texto Constitucional parece que se infiere la condición regular —es decir, la condición de *regla general*— que ostenta la Persona humana, frente a la cual, los entes morales o personas jurídicas o ficticias, aparecen como dotados de una condición excepcional.

Si a las consideraciones que se acaban de exponer se añade lo que nos revela, ahora en un plano infraconstitucional, el Código Civil, donde el Tít. II, del Lib. I, trata —en general— del nacimiento y la extinción de la personalidad civil, se observa una serie de circunstancias que merecerían una reflexión

parecida. En efecto: el Cap. Iº, del título y libro citados trata de las “*personas –sic– naturales*”, así denominadas –obviamente– porque no son artificiales: no sea crean, construyen o producen, sino que nacen. Por este motivo, el art. 29, CC.esp. establece que “[e]l nacimiento determina la personalidad”, si bien “*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*”. Y, por si alguna duda existiese en torno al papel de la Persona Natural, y a quién debe corresponderle este calificativo jurídico, el art. 30 establece que, “[p]ara los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. Obsérvese que el art. 29 no dice que “[e]l nacimiento determin[e] la personalidad natural”; el precepto se refiere a las personas naturales, pero no califica como “*natural*” la personalidad que surge con el nacimiento: la conceptúa como algo que no presenta –que no precisa– de calificativo alguno –“*La Personalidad*”, sin más; sin ninguna otra aclaración ni matiz–, acaso porque la única verdadera personalidad es la “*natural*”. La personalidad lo es de las personas “*naturales*”, y de ningún otro ente o creación humana. Y en el mismo sentido, el art. 32, CC.esp. establece que “[l]a personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”. Cierto que, aquí, el sustantivo “*Personalidad*” va acompañado de un adjetivo –“*civil*”–, pero este adjetivo, propiamente, no atañe a la índole natural o artificial de la persona, sino a una noción estrictamente jurídica: la condición de sujeto de *derecho*.

Solo posteriormente, el Cap. II, Tít. II, Lib. I, CC.esp. trata de las “*personas jurídicas*”, cuyo origen y –por consiguiente– cuya naturaleza, valga la redundancia o –si se quiere– valga la paradoja, no son naturales, sino fruto del obrar humano, de un modo u otro. En este sentido, el art. 35, CC.esp. dice que son personas jurídicas: las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley y, también, las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales. Pero de las primeras dice, no solamente que son personas jurídicas en cuanto así lo reconozca la ley, sino que “[s]u personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas”. Y, de las segundas –en conexión con el art. 36– que la ley les “*concede*” personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados, rigiéndose “*por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste*”. Así las cosas, si –acto seguido– los arts. 37 y 38, párr. 1º, CC.esp. disponen que la capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y la de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario, y que –en uso de esa capacidad civil– las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución, la única explicación que tiene toda esta estructura normativa es poner de manifiesto que –con carácter general– “*persona*” es, sólo, el *Ser humano*; que solo él, en principio, tiene personalidad civil, desde el momento de su nacimiento, hasta el momento de su muerte –que la extingue–, de modo que ningún otro ser puede tener personalidad civil, ni capacidad jurídica, etc.

Ahora bien; una cosa es que la regla general sea que la única persona verdadera sea la Persona Física; el Ser humano... y otra muy diferente que sólo pueda haber una regla general. ¿Por qué no podría haber dos o más reglas generales? Es verdad que nuestro Ordenamiento se ajusta a la Regla lógica [por su pertinencia al *λόγος*]... Pero un ordenamiento jurídico no es solamente un ordenamiento lógico, sino un ordenamiento positivo, que establece reglas que no son declaraciones de verdad, sino *preceptos*. Y, por este motivo, si las reglas lógicas son el sustrato mínimo que el Derecho debe asumir –la Persona Humana, como sujeto paradigmático de relaciones jurídicas; incluso como portadora de derechos inalienables, etc.–, no constituyen, en cambio, ningún límite máximo, por eso el legislador puede establecer reglas generales, no lógicas sino jurídico-positivas, que se adhieran al conjunto de las que han debido ser tomadas de la razón universal. Y, así, ¿por qué una de esas “*otras*” reglas generales no podría ser la de la *personificación* de las sociedades, asociaciones y fundaciones? Y es que, si anteriormente se advirtió que hay que distinguir entre la regla lógica y la regla empírica, porque la primera constituye un producto de la razón y la segunda, un dato de la experiencia, a

estos dos tipos de reglas, hemos de añadir un tercero: la Regla *jurídica*. Y entiéndase, ahora, que no se emplea el término “*regla jurídica*” en el sentido más común de norma o mandato legal, sino en un sentido un tanto diferente, que podría describirse como la norma o mandato legal de que algo se convierta en regla lógica; la norma o mandato legal, por cuya virtud se eleva al nivel de regla *lógica*, algo que –en principio– lo es *sólo* sobre la base de un *fundamento normativo*, y no sobre la base de la *Razón*. Pues bien; algo así podría decirse que sucede con la personalidad *jurídica*.

En este sentido, aunque la regla general *lógica* sea que la única persona verdadera es la Persona Física; el Ser humano, *nada obsta para el la propia Ley* –por sí misma– *establezca una regla general*, por la que la Persona *jurídica* se sitúa, en el plano de las instituciones, “*pari passu*” de la Persona *física*. Esto es algo perfectamente posible, toda vez que el Derecho de sociedades y de personas jurídicas, en la medida en que es propio y verdadero “*Derecho*”, puede ser contemplado desde una doble perspectiva. Por una parte, en cuanto rama del Ordenamiento jurídico-positivo –o, siquiera, en cuanto agregado normativo dotado de cierta unidad por razón de su objeto–, que está llamada a regular determinadas relaciones sociales. Y, por otra, como rama del propio saber jurídico; es decir: como disciplina científica⁽⁷⁴⁵⁾. Mas hay que reconocer que, como rama del saber y como disciplina científica, no estamos en presencia de una Ciencia exacta, sino de una Ciencia *sociológica*; razón por la cual sus conceptos son menos precisos y exactos que los de aquéllas, porque los conceptos morales, sociológicos, jurídicos y éticos son variables, de contornos imprecisos y de difícil aprehensión, descripción y definición. Todo ello no significa –empero– que las Ciencias naturales o exactas no tengan –también– sus inconvenientes: los resultados de las especulaciones se hallan más alejados de las premisas de lo que lo están en las Ciencias sociológicas o filosóficas. Por otra parte, hay ciertos sectores de las Ciencias exactas que no son tan exactos como se cree, cual demuestra –p.e.– el, antes citado, “*Principio de Incertidumbre*”, propio de la Física cuántica⁽⁷⁴⁶⁾. En realidad las Ciencias experimentales se encuentran con la realidad dada de antemano, que constituye el objeto de su conocimiento, mientras que las Ciencias sociológicas –como el Derecho– la modifican o incluso *la constituyen*, de ahí que, mientras las Ciencias experimentales o exactas son verificables y comprobables, las sociológicas –como el Derecho– y algunas otras ciencias no sociológicas, como la medicina o la Biología, no lo son, porque versan sobre realidades cambiantes e imprevisibles: el método de aproximación a ellas es, más bien que la verificación o la comprobación, la “*comprensión*”⁽⁷⁴⁷⁾.

La clave de nuestro razonamiento reside en el hecho de que una ciencia sociológica –como es el *Derecho* de sociedades y personas jurídicas– presente la virtualidad de *modificar* o incluso *moldear* o *configurar* la *realidad* que constituye el objeto de su conocimiento, porque la Ciencia del Derecho versa sobre un objeto –el Derecho, como conjunto de normas– que no es fruto de la propia naturaleza, sino de la voluntad humana, o –como diría CARNELUTTI– versa sobre un objeto que se integra de reglas “*arbitrarias*”, y no “*necesarias*”⁽⁷⁴⁸⁾, lo cual explica –precisamente– esa diferencia entre la Regla *lógica* y la Regla *jurídica*, y cómo esta última es capaz de crear, en torno a sus mandatos, una *propia lógica*, que puede diverger, en sí, de la lógica de la física y de la metafísica; que puede diverger, por tanto, de la *lógica de la razón*. De este modo, el Legislador tiene un amplio grado de libertad para configurar como regla, aquello que la razón podría presentarnos, más bien, como excepción. Y esto es, posiblemente, lo que sucede con la Persona jurídica.

745 En este sentido, la cuestión de la calificabilidad del Derecho como Ciencia; como objeto de conocimiento científico ha sido replanteada por CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I.: “El Derecho ¿es investigable?”, en RDN., ps. 21 y ss.

746 CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I.: “El Derecho ¿es investigable?”, cit., ps. 21 y s.

747 CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I.: “El Derecho ¿es investigable?”, cit., ps. 25 y ss. Sobre la científicidad del Derecho, como agregado realidades, si no universales, cuando menos ampliamente generalizadas, incluso entre diversos ordenamientos, que se manifiestan a través de los “Principios Generales del Derecho”, vid. GARCIA DE ENTERRIA, E.: “*Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*”, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1984, ps. 32 y ss.

748 CARNELUTTI, F.: “*Metodologia del Diritto*”, Padua, 1939/1990, p. 23.

La Persona jurídica; la personificación jurídica de sociedades, fundaciones y asociaciones, no puede ser entendida, sin más, desde el punto de vista del Derecho, como algo excepcional. Y ésto, tanto si la dicotomía regular/excepcional se entiende en sentido empírico, como –incluso– si se considera desde la perspectiva de la razón pura: la personificación jurídica de sociedades, fundaciones y asociaciones, será –o no– *regla* o *excepción*, en la medida en que así la configure el Ordenamiento jurídico positivo. Y, a la vista de nuestros textos legales, parece que la respuesta a la interrogante planteada es que la Persona jurídica *no es una excepción*, respecto de la Persona [natural o física]. Antes al contrario: es otra institución *general* y –además– *“regular”*.

Las consideraciones precedentes poseen una trascendencia fundamental, creemos, a los efectos de valorar la problemática de los límites de la personalidad jurídica, y –más precisamente– al problema del llamado abuso de ésta y del *“levantamiento del velo”* de la personalidad.

En apariencia, el reconocimiento de la personalidad jurídica a una sociedad, alza un velo o deja caer un telón que impide ver o considerar a los otros sujetos que viven o trabajan en el interior de la misma ⁽⁷⁴⁹⁾ y una de las cuestiones más importantes, a este respecto, es la de determinar hasta qué punto puede ese telón seguir velando las figuras de esos sujetos; es decir: si las personas jurídicas societarias son *transparentes* o son *opacas* ⁽⁷⁵⁰⁾. El hecho mismo de plantear la cuestión ya sugiere que las posturas extremas deben ser miradas con desconfianza. Así, la Doctrina inglesa ya advierte que las *“opinions”* en el Caso *Solomon c. Solomon* habían ido demasiado lejos: el mismo comentario del que fue objeto en la *“Law Quarterly review”* [(1897) 13 LQR 6] señaló que la Doctrina de la *“House of Lords”* suponía que un comerciante efectivo y seis hombres de paja; seis meros testafierros bastarían y que las condiciones legales eran algo meramente artificial y mecanicista ⁽⁷⁵¹⁾. La cuestión tiene mucho que ver con la postura que se adopte en punto a la naturaleza de la Personalidad Jurídica.

A la vista de todas las diversas construcciones doctrinales y jurisprudenciales que se han elaborado, en torno a la institución de la Persona Jurídica, y –más precisamente– en torno a la personificación jurídica de las sociedades mercantiles, creemos haber dejado bien claro que nuestra postura puede calificarse de *intermedia*, aunque no quisiéramos que esta afirmación se interpretase como una solución acomodaticia o “comodona”; como una respuesta perezosa a una cuestión de gravísima importancia teórica, pero sobre todo práctica, que quiera eludir la dificultad intrínseca del problema, optando por la comodidad del *“in medio virtus”*. Todo lo contrario: con lo expuesto queremos dejar patente lo siguiente:

- ◆ Ante todo: que la personalidad es, en principio, algo que debe ser considerado como *inherente* y *exclusivo* del *Ser humano*; razón por la cual hablar de *“Persona jurídica”* debe entenderse como una *“técnica”* o *“instrumento jurídico”* esencialmente finalista.
- ◆ Por consiguiente: la personalidad jurídica no es ni puede ser otra cosa que una *ficción*, y –además– por ser una ficción, no puede –tampoco– considerarse como un atributivo inmanente al objeto o cosa, a la que se aplica la citada ficción. La personalidad de las *“personas”* jurídicas no es algo que pertenezca a su esencia, sino un *accidente*, en sentido aristotélico de la expresión. Pues, si –frente a la esencia de las cosas, que es término que, en la Filosofía aristotélica designa el *rasgo* —o *rasgos*— *que le convienen a algo necesariamente* y que no puede perder más que aniquilándose y dejando de ser– los accidentes constituyen formas de ser contingentes; formas que se pueden perder sin dejar de ser la misma cosa, como sucede –precisamente– con una ficción jurídica. Respondemos a la pregunta *“¿qué es algo?”* con la referencia a su esencia. Por tanto, si preguntamos que *és*, en sí, una sociedad o una funda-

749 COZIAN/VIANDIER.: cit., 9ª ed., p. 87.

750 COZIAN/VIANDIER.: cit., 9ª ed., p. 87.

751 FARRAR/FUREY/HANNIGAN.: *“Company Law”*, cit., 3ª ed., p. 72: *“tocas el botón adecuado y la sociedad adquiere existencia ya eres una persona”*.

ción, tendríamos que responder –incluso en el plano estrictamente jurídico; no digamos, ya en otros– que son meros conjuntos de personas o bienes y derechos... que solamente pueden ser caracterizados como “*personas jurídicas*”, cuando, porque y sólo en la medida en que, el Ordenamiento jurídico así lo quiere.

- ◆ Esta ficción legal, reflejada en las más diversas disposiciones del Derecho positivo de sociedades, debe ser considerada como una *regla o principio jurídico general*, que el Ordenamiento sitúa “*pari passu*” de la Personalidad del Ser humano. Por este motivo la confrontación Persona física/Persona jurídica, en torno a cuestiones de responsabilidad, no se puede resolver pensando que la persona jurídica, en cuanto dotada de un patrimonio, gravado por sus propias deudas y separado de los patrimonios de los socios, fundadores, administradores, etc., representa una excepción a la regla general de que las acciones u omisiones, las obligaciones y la responsabilidad deben imputarse, siempre, al sujeto actor, libre y consciente, que –sólo– sería el Ser humano. Muy por el contrario: no es una confrontación entre Regla y Excepción... *sino un conflicto entre dos Reglas*.
- ◆ “Ficción” no es necesariamente lo mismo que “falsedad” o alejamiento de la realidad, porque incluso las ficciones jurídicas necesitan de una “*base o sustrato material*” que sea *real*. De lo contrario, la ficción legal ya no tendría razón de ser y debería rechazarse.
- ◆ Mas, por su parte, la citada “*base o sustrato material*” es algo cuya estimación debe considerarse *privativa de los Poderes Públicos*: del Legislador, para optar –como principio general– por establecer a qué; a *cuáles* realidades sociales les confiere el citado privilegio; y de los Tribunales de Justicia y las Administraciones públicas competentes, para *valorar* casuísticamente la correspondencia o coherencia entre el modelo de personificación admitido por el Legislador, y el sustrato material de las sociedades que individualmente sean objeto de consideración, sea en el marco de una actividad de satisfacción de pretensiones declarativas o de ejecución o incluso cautelares, o bien en el marco del ejercicio de las potestades administrativas correspondientes.

En este sentido –y voy a centrar mi atención, por el momento, en el supuesto más normal de la “*Sociedad pluripersonal*”–, el Ordenamiento jurídico puede reconocer personalidad jurídica a una agrupación voluntaria y dinámica de personas:

1. Para conseguir una unificación de actos y titularidades; para lograr un régimen de imputación colectiva singularizada y “*separada*” de relaciones jurídicas...
2. Porque realmente existe una pluralidad de personas cuya acción colectiva y cuyas titularidades colectivas merecen ser jurídicamente reducidas a la unidad e independizadas de cada uno de los miembros de esa agrupación de personas.

Ahora bien; en todo caso, siempre hay que tener presente la distinción entre “*ser persona*” y “*tener personalidad*”; distinción que –entre otros aspectos– trae consigo una consecuencia importantísima: cuando menos, en el caso de las sociedades mercantiles y personas jurídicas de Derecho privado, **la personalidad jurídica que se “*tiene*”, nunca es algo *inmanente* al ente de quien se predica**. Cuando el Ordenamiento la concede, no lo hace mutando la esencia del ente a quien se le concede, sino dotándolo de una “*cubierta*” protectora, que le permite ser titular de derechos y obligaciones; ser sujeto de relaciones jurídicas, lo cual se proyecta en los diferentes niveles de la ficción –entendida como *acción* de fingir– de personalidad: el legislativo, el judicial, el administrativo, el privado, etc. En epígrafes posteriores iremos viendo cuáles podrían ser las consecuencias de esta premisa.

III.4.– EL CICLO VITAL DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

III.4.1.– *Nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.*

Uno de los problemas clásicos y más importantes –por su trascendencia práctica–, suscitados en torno a la personificación de las sociedades mercantiles, es el de cuándo y cómo surge esa personalidad; es decir: de qué manera y a partir de qué momento, la previsión legal genérica por la que se reconoce –*rectius*, se concede– personalidad jurídica a una sociedad, en abstracto, se materializa concretamente, en la adquisición específica, por una sociedad..., de la personalidad jurídica, que el Ordenamiento le permite adquirir. Y no sólo ésto, también cabe plantearse otras interrogantes que constituyen el contrapunto de las anteriores: cuándo y cómo desaparece o se extingue esa personalidad; es decir: de qué manera y a partir de qué momento, las sociedades que adquirieron –de forma específica– “*su*” personalidad jurídica, pueden dejar de tenerla. Por lo que hace a la primera de las cuestiones, hasta ahora los operadores jurídicos –El Legislador, el Poder Judicial, notarios y registradores, etc.– han estado barajando varias posibilidades teórico-positivas, que cabe imaginar en punto al momento en que la Sociedad pasa del estado meramente contractual o negocial, al plano subjetivo, de poseer la condición de “*persona*”, para el Derecho:

Así; en primer lugar, la personalidad jurídica podría adquirirse en virtud de una publicidad incluso meramente *fáctica*, de la sociedad constituida, por el mero hecho de que opere en el tráfico. A su vez, creo que esta publicidad “*de hecho*” puede adoptar dos modalidades: una, la que contempla el art. 1669, CC. y la otra –acaso– se deduciría de una cierta interpretación del art. 3º, CCo., cuando establece lo que podríamos describir como la *presunción de habitualidad*.

En segundo lugar, la personalidad jurídica podría adquirirse en virtud de una publicidad estrictamente *formal-registral*, que –gracias a los efectos de la publicidad legal del Registro Mercantil– haga suficientemente patente, para terceros, la existencia del nuevo ente.

Y, finalmente, la personalidad jurídica podría adquirirse por obra de la pura y simple *voluntad* asociativa, manifestada en el contrato de sociedad [PAZ-ARES]⁽⁷⁵²⁾.

Por lo que hace al primero de los tres sistemas mencionados, tradicionalmente venía siendo tradicionalmente defendido por nuestra Doctrina, de dos maneras o con dos sentidos muy distintos: o bien como algo *privativo de las sociedades civiles*, y que las distinguiría o separaría de las mercantiles, o bien –por el contrario– como un sistema que se querría *común* a todas las sociedades, *tanto civiles como mercantiles*. Nosotros, por nuestra parte, quisieramos añadir una tercera posibilidad, que no nos atrevemos a calificar como absolutamente inédita.

Para la construcción más clásica, el momento y el modo de adquisición de personalidad jurídica, serían factores que distinguen las sociedades *civiles* de las *mercantiles*: las primeras –sociedades civiles– adquirirían su personalidad jurídica, a partir del momento de su manifestación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1669, CC.; es decir: en que *se manifestasen al exterior*. Exteriorización que exigiría que *no se mantuvieran ocultos los pactos sociales* y que *los socios contratasen en nombre de la Sociedad*. De este modo, estas sociedades “*externas*”, distintas de las meramente internas, poseen –“*per se*”, y no en virtud de una inscripción registral– lo que algún autor ha descrito como “*un grado evidente de personificación o subjetivación*”⁽⁷⁵³⁾, lo cual las convierte en sociedades con personalidad jurídica propia. Ahora bien: en principio el art. 1669, CC. se aplica a las sociedades civiles, y queda por ver si será, o no, aplicable a las sociedades mercantiles, porque ciertamente existen argumentos en pro y en contra de semejante posibilidad, de modo que habría dos posturas enfrentadas: a saber: la de quienes consideran que la “*lex specialis*” mercantil difiere en este punto de la civil, y exige ineludiblemente que se lleve a cabo una inscripción registral, como “*conditio sine*

752 PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.-J.: “La Sociedad en general: Caracterización...”, cit., ps. 446 y ss.

753 EIZAGUIRRE, J.M^a.de.: “La subjetivación de las sociedades de personas”, cit., p. 89.

qua non” para que la Sociedad (mercantil) alcance la personalidad jurídica ⁽⁷⁵⁴⁾. Y, frente a ella, la de quienes sostiene que el art. 1669, CC. resulta de aplicación también en el ámbito mercantil, de modo que las sociedades operantes en el ámbito empresarial podrían adquirir personalidad, con sólo ser “*manifiestas*” o “*externas*” ⁽⁷⁵⁵⁾.

La “*tertia opinio*” que queremos traer a colación bien podría ser la siguiente: que tanto las sociedades *civiles*, como las sociedades *mercantiles*; estas últimas, ya en algunos supuestos concretos –sociedades *en formación*–, o en todo caso, adquieren su personalidad jurídica en virtud de una publicidad incluso meramente *fáctica*... Pero los “*facta*” que hacen publicada o conocida –y, por tanto, le comunican su personalidad jurídica– a una sociedad *civil* y a una sociedad *mercantil*, **son “*facta*” diferentes**: si para las sociedades *civiles* basta con lo que exige el art. 1669, CC., **tratándose de las sociedades mercantiles, que son “*comerciantes*” [art. 1º, CCo.], la publicidad requiere lo que preiene el art. 3º, CCo:**

“*Existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil*”;

es decir: unos “*facta*” que revelan la presencia propia en el mercado de los bienes y servicios, con una vocación de presentarse como “*comerciante*”; por decirlo con otras palabras: se trata de **hacer pública la “*sociedad*”** –que es, al mismo tiempo, relación colectiva y agrupación de personas–, **haciendo pública su “*empresa*”**, que es organización de trabajo y capital. Y es que, en realidad, bajo la referencia a la “*habitualidad*”, tan querida a los legisladores que elaboraron códigos, seducidos y engañados por la Teoría del Acto de comercio, late una referencia mucho más certera e importante: la referencia a la nota de la **profesionalidad**. Y aunque algunos autores han sostenido que se trata de nociones sinónimas o –por lo menos– que para que pudiera darse la profesionalidad, debería existir habitualidad ⁽⁷⁵⁶⁾. Sin embargo, disiento de esta opinión: me adhiero, más bien, a la postura de aquellos autores que consideran que “*habilitabilidad*” y “*profesionalidad*” son dos conceptos distintos.

La “*habitualidad*” es una noción de sentido predominantemente *cuantitativo*, y hace referencia a la reiteración de operaciones que integran una actividad... Pero el concepto de “*profesionalidad*”, que viene del verbo latino “*profiteor*” y del griego προφημι: exteriorizar, confesar, manifestar, alude a la idea de manifestación *externa* –y posiblemente *pública*– de la propia condición de comerciante o empresario. Esto es más de lo que exige el art. 1669, CC., para las sociedades civiles, aunque sigue moviéndose en los límites de la publicidad de puro hecho.

III.4.2.1.– Principio general: la publicación, como requisito de la personificación.

III.4.2.2.– La publicación, en las sociedades *mercantiles*.

Pues bien; en opinión de los redactores de la presente Ponencia –aunque ciertamente no sin discusión–, hay que concluir que las sociedades mercantiles adquirirían su personalidad jurídica **con la inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del previo otorgamiento de escritura pública**, como único título apto para acceder al Registro. Y, tratándose de sociedades cooperativas, con la inscripción en el Registro de Cooperativas, estatal o autonómico, correspondiente. Este segundo sistema –el de la publicidad estrictamente formal ⁽⁷⁵⁷⁾–, parece haberse implantado en España, a partir de una famosa RDGRN. de 31 de marzo de 1997, en el caso de la entidad “*Electricidad Dilvalux, Sociedad*

754 VICENT CHULIÁ,F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 1º, 3ª ed., ps. 332 y s.

755 Este es, en apariencia, el criterio sustentado por EIZAGUIRRE,J.Mª.de.: “La subjetivación de las sociedades de personas”, cit., ps. 96 y 98.

756 GAY DE MONTELLÁ,R.: “*Tratado de Sociedades Anónimas...*”, cit., 3ª ed., p. 15. SÁNCHEZ RUIZ,M.: “Lección 8ª...”, cit., p. 168. ROCCO,A.: “*Principios...*”, cit., p. 227.

757 VIVANTE,C.: “*Tratado...*”, cit., t. II, 1ª ed., trad esp. de la 5ª ed. it., p. 8 parece haberse adherido a este criterio, ya que en su momento manifestó la convicción de que “*estas personas jurídica* [se refería a las sociedades mercantiles] *adquieren una vida normal sólo cuando dicho contrato se publica con algunas formas solemnes*”.

Civil”, que se dedicaba a instalaciones eléctricas. A este respecto, la Dirección General de los Registros declaró que la personalidad jurídica de una Sociedad *Civil* –cuanto más, la de las sociedades mercantiles– nace de acuerdo con los siguientes principios o postulados, que la propia Resolución expone; a saber:

1. Es preciso un reconocimiento legal expreso: la Sociedad –civil–, como persona jurídica, solamente nace cuando *una norma legal expresa lo reconoce*, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35, nº 2, CC.

2. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades *civiles* no puede basarse, meramente, en una simple interpretación “a contrario” del art. 1669.

Por fin, el tercer sistema propugnaría que la personalidad jurídica de las sociedades surge en el mismo momento en que se celebra el Contrato, de modo que –al igual que sucede con la eficacia obligacional– los efectos organizativos se desplegarían con la perfección del Contrato, debiéndose interpretar de este modo los términos del art. 1679, CC., de acuerdo con el cual: “*la Sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato*” (758). Sin embargo, esta construcción nos suscita graves dudas y no parece que deba ser compartida. Para empezar, difícilmente puede superar el obstáculo constituido por el art. 1669, CC. –precepto que establece que la personalidad no surge de la celebración del contrato, sino de la “publicación de la Sociedad” en el tráfico. Y, si bien se ha señalado –lo que no deja de ser cierto– que *la publicidad de hecho no parece un cauce idóneo para seleccionar el tipo estructural de la sociedad que se quiere constituir*, ya que la publicación de hecho permite distinguir la sociedad oculta, de la sociedad manifiesta, pero no la sociedad personificada, de la meramente obligacional (759), parece que se ha incurrido en ciertas peticiones de principio y en ciertas falacias.

Una petición de principio la hay en la interpretación “*sesgada*”, tanto del art. 22, Const.Esp., con su reconocimiento del “Derecho de Asociación”, que no creemos que, en sí misma, comporte un reconocimiento global de la personalidad jurídica; como del art. 1679, CC., que se interpreta torcidamente, cuando se equipara el concepto “*la Sociedad*”, con su estado de personificación jurídica: en realidad solamente alude a la “*relación jurídica [contractual] societaria*”. A decir verdad, ni siquiera los términos del art. 116, CCo., que parecerían dar la razón a esta tesis, resultan suficientes para fundamentar sólidamente la teoría “*creacionista*” –si se nos permite este calificativo–. En efecto: dice el art. 116 que:

“El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”,

de modo que este segundo párrafo podría hacer pensar que, verdaderamente, las sociedades mercantiles adquieren su personalidad jurídica simultáneamente a –y por causa de– la propia *constitución*. Mas, entonces se suscita el problema de **qué se entiende por “constitución” de la Sociedad o qué se entiende cuando se dice que la compañía mercantil se halla “constituída”**. Y aquí se incurre en una *primera falacia*: la de dar por supuesto que la “constitución” de la Sociedad se refiere al simple hecho de la **celebración del contrato**, y que –asimismo– la Sociedad queda “constituída”, cuando se ha celebrado el contrato de sociedad.

Y una *segunda falacia* la hay, cuando se cita como ejemplo el caso de “*una cuenta en participación que acuda al mercado de capitales*”; ejemplo prácticamente inexistente, pero que en cualquier

758 PAZ-ARES RODRÍGUEZ,C-J.: “La Sociedad en general: Caracterización...”, cit., p. 446.

759 PAZ-ARES RODRÍGUEZ,C-J.: “La Sociedad en general: Caracterización...”, cit., p. 446.

caso resulta inepto porque la Cuenta en participación no es, realmente, una sociedad, al carecer del elemento del patrimonio común, aproximándose, más bien, a los contratos parciarios.

Pero, sobre todo, sucede que la tesis de la personificación derivada directamente de la perfección del contrato, choca frontalmente con los textos legales de nuestro Ordenamiento jurídico positivo y con los de otros ordenamientos jurídicos del extranjero, como es el caso de Alemania, respecto de los §§ 41, nº 1, AktG. y 11, nº 1, GmbHG., que dicen –poco más o menos– que antes de la inscripción no existirán, como tales, la AG. o la GmbH. ⁽⁷⁶⁰⁾.

Por lo que se refiere a los preceptos del Ordenamiento jurídico-mercantil societario español, cabe señalar –y con esto creo que se denuncia y queda desmontada la falacia subyacente– que apoyarse en el texto del **art. 116, párr. 2º**, supone una **lectura parcial e incompleta** del precepto, e incluso del conjunto de los preceptos del CCo., que –por parcial e incompleta– resulta **engañosa**: el párrafo 2º va, como es lógico, precedido del **párr. 1º**, que dice que la Sociedad “*se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código*”. Por consiguiente, no se puede identificar, sin más, la constitución de la Sociedad, con el mero hecho de la celebración, incluso verbal o informal, o –más, aún– incluso por la vía de los “*facta concludentia*” del contrato fundacional, sino que **el CCo. tiene su propia idea de lo que significa la “constitución” de las sociedades mercantiles**. Y, en este sentido, el CCo. distingue claramente dos tipos de planos o niveles:

1. El de las relaciones **internas**: relaciones entre los socios, como contratantes que se asocian...
2. ... y el nivel de las relaciones **externas**, en las que se traban relaciones con terceros, para cuya trabazón, la **personalidad jurídica** constituye –lo mismo que sucedía, “*mutatis mutandis*”, con la Administración pública, en su tráfico– un instrumento fundamental, aunque no esencialmente imprescindible.

Y estos dos niveles son tratados con **diferente rigor**: el **art. 117, CCo.** dispone que “[e]l contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código”, lo cual significa que –en las relaciones internas– el contrato de sociedad es válido, con tal que concurren los elementos mínimos esenciales de consentimiento –si acaso con el componente adicional de la “*affectio societatis*”–, objeto y causa, en un marco de libertad de forma.

Pero, acto seguido, el **art. 118** dispone que “[s]erán igualmente válidos y eficaces los contratos entre las Compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse, siempre que fueren lícitos y honestos, y aparecieren cumplidos los requisitos que expresa el artículo siguiente”. Aquí ya no estamos en el plano de las relaciones estrictamente corporativas; de las relaciones internas. Ya no se trata de que “[e]l contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho [sea] válido y obligatorio entre los que lo celebren”, sino de la **posibilidad de trabar relaciones jurídicas con los terceros**. Obsérvese un significativo cambio de expresión: ya no se habla del “*contrato de compañía*” –un contrato que une a los socios entre sí–, sino de “*los contratos entre las Compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse*”, de forma que las “**compañías mercantiles**” **aparecen, ahora, como sujetos, como entes, como personas [jurídicas]**, y no como contratos. Pues bien; en este caso o llegados a este punto, ya no basta la existencia del contrato, como prevé el art. 117, sino que hace falta **algo más**. Y sucede que ese algo más –como también refleja el art. 118– nos lo revela el **art. 119, CCo.**:

“Toda Compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.”

760 PRIESTER, H.-J.: “Beginn der Rechtsperson. Vorräte und Mäntel”, en ZHR., 2004, nº 168, p. 248.

A las mismas formalidades quedarán sujetas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25, las escrituras adicionales que de cualquier manera modifiquen o alteren el contrato primitivo de la compañía.

Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social”.

Por consiguiente –y en primer término– el art. 119, en relación con el art. 116, CCo., revela que la adquisición de personalidad jurídica, por las sociedades mercantiles precisa de **publicidad legal y que esa publicidad legal, lo es porque y en cuanto es publicidad registral.**

Ni siquiera cabe alegar que lo único que exige el art. 119, CCo. sea la documentación en escritura pública, ya que la interpretación más verosímil es la que **combina la libertad de forma con la necesidad de publicidad.** Me explico, si los contratos de sociedad, como tales contratos, son meramente consensuales y de libre forma, entonces la previsión del art. 119, que exige escritura pública, como condición para que las compañías puedan “*dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones*”, debe entenderse no tanto como una formalización del contrato; no tanto como una conversión del contratos consensual, en contrato formal, sino como una exigencia impuesta por el **principio –registral– de titulación.** Aquí lo que verdaderamente importa no es la escritura pública... sino la **publicidad** que proporciona, no tanto el Protocolo, como el **Registro.** Porque es la publicidad formal la que proporciona la oponibilidad a terceros, incluyendo la Administración o el Poder Judicial, de la existencia de un nuevo sujeto de derecho.

Igualmente, el art. 7º, nº 1, TRLSA., el art. 11, nº 1, LSRL., tras establecer que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada habrán de constituirse en escritura pública, la cual habrá de ser inscrita en el Registro mercantil, añaden: “*Con la inscripción adquirirá la Sociedad... su personalidad jurídica*”. Y también establecen la regla de que la inscripción, aunque no en el Registro Mercantil, sino en el “Registro de Cooperativas”; proporciona o permite a las Sociedades cooperativas alcanzar la correspondiente personalidad jurídica propia, preceptos como los arts. 11, LCoopGal. y 7º, “*in fine*”, LCoop. Y, cuando se trate de cooperativas “*autonómicas*”, habrán de inscribirse en el “Registro” de Cooperativas de la Comunidad Autónoma (gallega, en este caso). Tratándose de ciertas cooperativas especiales, como las “cooperativas de crédito”, p.e., el art. 5º, nº 2, L.Coop.cr. establece lo siguiente.:

“... 2.– Concedida la autorización, la Cooperativa de crédito en constitución deberá solicitar su inscripción en el Registro correspondiente del Banco de España, acompañando al efecto copia de la escritura de constitución y de los Estatutos. Asimismo, una vez inscrita en el Registro del Banco de España, deberá procederse a su inscripción en el Registro Mercantil y en el correspondiente Registro de Cooperativas, en cuyo momento adquirirá personalidad jurídica”.

III.4.2.3.– La problemática de las sociedades en formación.

De todos modos, en los últimos tiempos parece que hay un avance de corrientes que tienden a anticipar el nacimiento de la personalidad jurídica, huyendo de la concepción estrictamente formalista que se dice propia del antiguo sistema de “*octroi*” o “*Konzessionssystem*”, el cual se apoyaba precisamente sobre preceptos como los aludidos §§ 41, nº 1, AktG. y 11, nº 1, GmbHG. ⁽⁷⁶¹⁾. De acuerdo con esta nueva tendencia, los preceptos mencionados se refieren, más al momento de consolidación del “tipo” societario elegido, que a la de la propia personalidad, siendo así que existen figuras como la de la pre-sociedad y de la sociedad en formación, a las que quizá cabría atribuir personificación ⁽⁷⁶²⁾. Argumentos a favor de estas opiniones se hallarían, supuestamente en el art. 22, Const.Esp., así como en preceptos del tipo del art. 15, TRLSA., de acuerdo con cuyos términos:

761 PRIESTER,H-J.: “Beginn der Rechtsperson...”, cit., p. 249.

762 Sin embargo, el propio PRIESTER,H-J.: “Beginn der Rechtsperson...”, cit., ps. 249 y 264, llega a la conclusión negativa: con la creación de la empresa social, como organización, no se crea al sujeto que la desarrolla. Para que nazca

“1. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad.

2. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar.

No obstante, si la fecha de comienzo de las operaciones sociales coincide con la de otorgamiento de la escritura fundacional, y salvo que los estatutos sociales o la escritura dispongan otra cosa, se entenderá que los administradores ya quedan facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos, de los que responderán la sociedad en formación y los socios en los términos que se han indicado.

3. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado anterior. También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción.

En ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores.

4. En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia”

Y como respuesta al –para estos autores, aparente– obstáculo legal constituido por el art. 7º, nº 1, TRLSA., de conformidad con el cual “[I]a sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica”, los defensores de la teoría de la Sociedad en formación personificada aducen que ya el propio precepto dice –claramente– que la “constitución” de la Sociedad anónima se produciría simplemente con su documentación notarial, en tanto que con la inscripción, adquiriría “su” –y no “la”– personalidad jurídica; es decir: su personalidad como sociedad **anónima** (763).

la personalidad jurídica de la Sociedad, es precisa la inscripción registral.

763 ALONSO UREBA, A.: “La Sociedad en formación”, en VV.AA.: “Derecho de Sociedades Anónimas. La Fundación”, t. I, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1990, ps. 523 y ss., quien comienza señalando que, dado que en el proceso de constitución de una Sociedad anónima, como en el de una Sociedad limitada, e –incluso– como en el de ciertas personas jurídicas de índole no societaria, pero titulares de empresas (fundaciones-empresario), presenta el rasgo común de constar de un primer elemento negocial, al que –en su caso (SAs. y SRLs.)– habrá de añadirse elemento jurídico-público de la inscripción registral, podría llegarse a pensar que el simple negocio jurídico no produce efectos por sí mismo, hasta tanto no se llegue a producir la inscripción. Sin embargo, tal estimación sería completamente falsa, porque, sin duda, el contrato genera, ya, efectos entre quienes lo suscriben, va configurando la futura organización, compromete a realizar las primeras operaciones, genera un primer fondo común, prevé el nombramiento de los primeros órganos...de lo cual derivan consecuencias jurídicas que no pueden explicarse, exclusivamente, recurriendo a la figura del contrato, sino –más bien– pensando en términos de una “Persona jurídica en formación”, por cuya cuenta se realizan actos jurídicos. PAU PEDRÓN, J.A.: “La Publicidad registral de la Sociedad Anónima”, en VV.AA.: “El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima”, edit. MINISTERIO DE JUSTICIA – CENTRO DE PUBLICACIONES, Madrid, 1991, p. 35, quien señala que la Sociedad “en formación” constituiría una “auténtica sociedad”, y esta autenticidad se daría tanto en su condición de “contrato” –un auténtico contrato de sociedad–, como por lo que se refiere al “ente” nacido del mismo: una auténtica sociedad; criterio que vendría avalado por varias circunstancias; a saber: Por el hecho de que art. 15, TRLSA. la califica como tal “sociedad” e incluso –art. 15, nº 2, TRLSA.– hace de ella un centro de imputación de responsabilidades: “por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los actos realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura par la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico pos

Pues bien; quienes elaboramos esta Ponencia consideramos que no parece que los citados textos avalen la tesis de que las sociedades en formación posean, ya, una cierta personalidad jurídica. Ante todo, es evidente que si las sociedades en formación fueran ya, por sí mismas y por sí solas, sujetos de derecho independientes, lo lógico sería que hubieran de responder, personalmente –aunque con su patrimonio– de *absolutamente todas* las obligaciones que se asumieran en nombre suyo. Mas ya el mismísimo **art. 15, nº 1, TRLSA**. nos revela que **no es así**: si se dispone que “[p]or los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad”, se está manifestando una **doble negación** de la propia responsabilidad y, por consiguiente, de la propia subjetivación societaria: por una parte, no es la Sociedad en formación, la que ha de responder de los “actos y contratos celebrados en nombre” de ella, sino unos sujetos distintos –“quienes los hubieren celebrado [se refiere a los citados actos y contratos]”–, lo cual resulta verdaderamente inaudito... salvo que se considere que la Sociedad en formación **no posee** personalidad jurídica. Y si la única forma en que puede suceder que por esos “actos y contratos celebrados en nombre” de ella, responda la citada Sociedad... es que –luego– haya quedado inscrita, entonces –y permítasenos la expresión– “muerto el perro, se acabó la rabia”. El problema desaparece, y no porque se reconozca personalidad a la Sociedad en formación, sino porque se le reconoce a la Sociedad “formada”.

Mayores dudas suscita el **nº 2, párr. 1º**, cuando previene que “[p]or los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar”. Aquí, ciertamente, ya se empieza a hablar de que **responde la sociedad en formación**. Mas, en nuestra opinión, tampoco este precepto resulta determinante ni demostrativo de que una sociedad en formación tiene reconocida personalidad jurídica, pues –aunque la personalidad sea una ficción– no parece lógico que se presente “dividida” y asimétrica: no la hay, respecto de los actos y contratos que *no sean indispensables* para la inscripción... y *sí* la habría para los que lo fuesen. **O se tiene personalidad** –es decir: capacidad para ser titular de derechos y obligaciones–, **o no se tiene, en absoluto**. No caben medias tintas.

Por este motivo, nos parece de excepcional trascendencia y absolutamente revelador lo que dice el **art. 15, nº 3**; a saber: que: “Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado anterior. También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción”, añadiendo que, “[e]n ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores”. Si la sociedad en formación hubiera adquirido personalidad jurídica con anterioridad a la inscripción registral; si ya la simple Sociedad “en formación” hubiera de ser tenida por sujeto de derecho, ya no tendría sentido establecer que la misma “quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado anterior”; es decir: por los “*indispensables para [su] inscripción*”, porque resultaría una prescripción **supérflua**: habría bastado con disponer que cesa “la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores”.

Muy por el contrario, si el **art. 15, nº 3, TRLSA**. se toma la molestia de establecer, explícita y específicamente, que la Sociedad “quedará obligada por los actos y contratos ...*indispensables para [su] inscripción*”, “**una vez inscrita**”, es porque el precepto no habla ahora de responder un

las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la Sociedad en formación...”. Y, en segundo lugar, por el hecho de que el art. 15, TRLSA. le atribuye a la sociedad en formación un verdadero “patrimonio” propio, formado por las aportaciones de los socios

patrimonio afecto... **sino de responder un sujeto independiente**; una nueva persona –jurídica–, que es la Sociedad constituida: Obsérvese que ya no se dice que “*responderá responderá la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios*”, sino que –directamente– se establece algo muy distinto: **que “la sociedad quedará obligada”**. Sólo aquí hay una persona; sólo aquí hay un sujeto, distinto de sus socios.

El problema se agudiza si se lee el contenido del **nº 2, párr. 2º**, cuando previene que “[n]o obstante, si la fecha de comienzo de las operaciones sociales coincide con la de otorgamiento de la escritura fundacional, y salvo que los estatutos sociales o la escritura dispongan otra cosa, se entenderá que los administradores ya quedan facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos, de los que responderán la sociedad en formación y los socios en los términos que se han indicado”. Mas, nuevamente hemos de insistir en que tampoco este otro precepto o esta otra regla resultan determinantes ni demostrativos de que una sociedad en formación tiene personalidad jurídica, pues –en realidad– **el art. 15, nº 2, párr. 2º, TRLSA. no contiene una regla diferente de la que el mismo precepto enuncia en su nº 2, párr. 1º**: se trata de la misma regla jurídica; se trata de prever el mismo régimen, la misma consecuencia jurídico-sustantiva y patrimonial: que “*responderán la sociedad en formación y los socios en los términos que se han indicado*”. Esa apostilla –“*en los términos que se han indicado*”– significa, precisamente éso: que la sociedad en formación y los socios, responderán del mismo modo que se previó en el **nº 2, párr. 1º**. Y si en este caso no había motivo ni fundamento sólido para afirmar que la sociedad tiene, ya, personalidad jurídica antes de la inscripción, **tampoco en este caso** lo hay.

Por consiguiente, no compartimos estas nuevas teorías de la “*personificación anticipada*” de las sociedades en formación, debido a una serie de varios motivos: para empezar, por un motivo jurídico absolutamente fundamental: el **respeto a la Ley**. Como se ha visto, las leyes son claras y hay que cumplirlas: todos –art. 9º, Const.Esp.–, incluyendo los Poderes públicos, están sometidos a ellas. Por consiguiente, jueces, notarios y registradores, lo mismo que los particulares, han de sujetarse al principio de que las sociedades solamente adquieren personalidad jurídica, por medio de **inscripciones registrales**.

Un segundo motivo es, en parte jurídico y en parte lógico: hay que hacer aplicación al Derecho de principios filosófico-metodológicos como la “*Navaja de Ockham*”, de forma que se eviten todas aquellas interpretaciones jurisprudenciales o elaboraciones doctrinales que, aunque produzcan ciertos efectos jurídicos deseados –Y, de paso: deseados ¿*por quién?*–, **cuando esos mismos efectos pueden lograrse por otras vías que resultan más conformes con la literalidad de la ley positiva**. En este sentido, hay que recordar que el Ordenamiento, en ocasiones ha anticipado los efectos de la personificación, antes de la adquisición de la personalidad. Piénsese en el caso del “*nasciturus*”, y ha sometido a un tratamiento jurídico cuasi-personificador, a objetos que no poseen personalidad –piénsese en el caso del Concurso de la Herencia–, obteniendo ciertos efectos típicos de la personalidad jurídica, sin tener que atribuir esta última. Pues bien: si ya existen ejemplos suficientes, y si –al propio tiempo– los arts. 119, CCo., 7º, nº 1, TRLSA.; 11, nº 1, LSRL. y similares dicen –claramente– que “[c]on la inscripción adquirirá la Sociedad... su personalidad jurídica”, ¿por qué insistir en atribuir tal personalidad a las sociedades mercantiles *en formación*?

III.4.3.– *Desaparición y frustración de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.*

Todos los sujetos de derecho –ya se trate de personas físicas o jurídicas– *nacen, viven y mueren*, aunque al hacer semejante comparación haya que guardarse, muy mucho, de los excesos propios de la llamada “*teoría organicista*” de la persona jurídica (764). Las mismas relaciones jurídicas; los

764 GARCIA-PITA y LASTRES, J.L.: “La Disolución de la Sociedad Anónima. Aspectos generales”, en C.D. y C., 1989, nº 6, diciembre, p. 99. SENÉN DE LA FUENTE, G.: “La Disolución de la Sociedad Anónima por paralización de los órganos sociales”, Madrid, 1963, ps. 44 y ss. En cierto sentido, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “Capítulo XXV. Disolución y Liquidación de sociedades mercantiles”, en “*Estudios de Derecho mercantil*”, t. II, edit. EDITORIAL DE DERECHO FINANCIERO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, 2ª ed. revisada, corregida y puesta al

mismos contratos; los mismos negocios jurídicos, pueden, a su vez, atravesar un ciclo vital y terminar por extinguirse, sin que el Contrato de Sociedad y las relaciones jurídicas asociativas; las relaciones jurídicas “de socio” puedan constituir una excepción a esta regla, de modo que toda sociedad puede, en un determinado momento, desaparecer, y cada singular socio puede dejar de ser miembro de una sociedad, sea por muerte, separación o exclusión, aunque dicha sociedad permanezca ⁽⁷⁶⁵⁾.

Si centramos nuestra atención en la etapa final de la vida de estos sujetos que son las sociedades mercantiles personificadas –es decir: en lo que por el momento denominaremos su “extinción”–, podremos apreciar que tanto la extinción de la Persona humana, como la de una persona jurídica o moral, comparten el común denominador de suponer la *desaparición de un ente* al que el Ordenamiento jurídico considera *centro de imputación* de derechos y deberes; de relaciones jurídicas, en suma; la **desaparición de un sujeto de derecho**. Sin embargo, existen *algunas diferencias notables* entre ambos supuestos de extinción; diferencias que no se refieren, únicamente, a la circunstancia de que la extinción de la personalidad jurídica de los entes morales pueda ser debida a un cúmulo de causas precisas, establecidas –o, al menos, reconocidas– por la Ley, que –además– determina el instante preciso a partir del cual debe reputarse desaparecida la personalidad, en tanto que la personalidad del ser humano sólo se extingue por la muerte, y precisamente en el mismo momento en que ésta se produce ⁽⁷⁶⁶⁾. Sino también –y sobre todo– que se refieren al hecho de que, con la desaparición de la persona jurídica, *se extinguen –simultáneamente– la personalidad* de la misma, en sí, y –como condición previa– **el nexo** que daba vida al complejo socio-económico y jurídico **de personas y/o patrimonio**, reunidos en un ente asociativo o institucional ⁽⁷⁶⁷⁾. Por consiguiente, al hablar –en general– de la disolución y la extinción de sociedades, habremos de referirnos, necesariamente a fenómenos **complejos**, en los que conviven aspectos propios de la extinción de sujetos, con aspectos propios de la extinción de relaciones jurídicas y de la extinción de contratos; es decir: fenómenos o aspectos de **desmembración** –parcial o total– **de vínculos contractuales** [según que nos hallemos ante una Disolución parcial, por separación o exclusión de socios; o bien ante una disolución total], de los que –acto seguido– pueden derivar *efectos extintivos*, no ya sobre una *relación negocial-societaria* [que también], sino incluso sobre una **organización** dotada, en su caso, de **personalidad jurídica**, cuya personalidad –por fin– también acaba desapareciendo ⁽⁷⁶⁸⁾.

día, Madrid, 1977, p. 503, aunque caía, un tanto, en esa propensión organicista, cuando se expresaba en estos términos: “[f]ormalmente titular de la empresa colectiva es la sociedad, en su calidad de persona jurídica (al menos cuando se trata de sociedades regularmente constituidas). De aquí que la disolución de la sociedad, en cuanto comporta la desaparición del titular de la empresa, es un hecho que guarda un cierto paralelismo con la hipótesis de la muerte del comerciante individual. En ambas hipótesis la empresa está abocada a su extinción, aunque es posible que subsista...”. DÍAZ MUYOR, M.: “La reactivación...”, cit., p. 11, quien alude a la existencia de un paralelismo entre la extinción de la persona física y la de la persona social, aunque no deja de advertir las profundas diferencias. Merece la pena recordar, ahora, las palabras de GUYON, Y.: “*Droit des affaires*”, cit., t. I, 8ª ed., p. 197, cuando afirmaba que la Sociedad está hecha para dudar; que “[l]a vez, lejos de mermar sus fuerzas, le confiere las ventajas de una reputación comercial consolidada y de un activo más importante. Los asociados originarios pueden morir o desear causar baja de la Sociedad. La Sociedad continúa existiendo sin ellos...”, hasta el punto de que existen ejemplos de sociedades verdaderamente centenarias... ¡¡Y sin embargo incluso estas sociedades pueden “morir”!! Esa “muerte” de las Sociedades se produce, no por, aunque sí por consecuencia, de un fenómeno llamado “*Disolución de la Sociedad*”.

765 CAMPOBASSO, G-F.: cit., t. II, p. 109.

766 GARCIA-PITA y LASTRES, J.L.: “La Disolución...”, cit., p. 99. CAMY SÁNCHEZ-CAÑATE, B.: “*Derecho mercantil registrable. Registro Mercantil*”, edit. ARANZADI, 2ª ed., Pamplona, 1985, p. 684. CARLÓN SÁNCHEZ, L.: “La extinción de la Sociedad Anónima”, en RDP., 1970, p. 119.

767 GARCIA-PITA y LASTRES, J.L.: “La Disolución...”, cit., p. 100. BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ.: “*Manual...*”, cit., t. I, 11ª ed., p. 464, en relación con la Disolución de las Sociedades anónimas. En cierto sentido, vid. Asimismo GUYON, Y.: “*Droit des affaires*”, cit., t. I, 8ª ed., p. 197, cuando señala que “*la Disolución es el fin de la existencia social. Las relaciones y vínculos que unían a los asociados se desatan y la personalidad jurídica primero se debilita y –por fin– desaparece*”.

768 APARICIO CARRILLO, E.J.: “*Los socios ante el patrimonio de la Sociedad Civil en liquidación*”, edit. UNIVERSIDAD DE JAÉN, Jaén, 2003, p. 19.

Ahora bien; si, como se ha indicado anteriormente, la personalidad jurídica no es sino un accidente, y no la esencia, de eso que se conoce como “*personas*” jurídicas, entonces es posible imaginar que la extinción o la desaparición de la personalidad tenga lugar de **dos maneras** profundamente diversas:

1. Por desaparición del “*ente*”; de la “*cosa*” –en sentido filosófico del término–, a cuya esencia se añadía el accidente de la personalidad, atribuida por la Ley, y reconocida por el resto de los poderes públicos y del conjunto de los demás sujetos de derecho.

2. Por pérdida del propio “*accidente*”, que es –en sí– esa personalidad atribuida al ente personificado, sin desaparición de éste mismo.

III.4.3.1.– Desaparición de la personalidad jurídica y extinción de las sociedades mercantiles.

El primer supuesto es bien conocido: nos referimos al **proceso de extinción** de las sociedades –sobre todo, mercantiles– y demás personas jurídicas privadas, que operen en el tráfico económico; razón por la cual no vamos a referirnos a ello, ya que no haríamos sino reiterar todas las consideraciones relativas a las instituciones de la **Disolución-Liquidación-Extinción**, ya que las sociedades mercantiles son empresarios y, por esa misma condición, se benefician del reconocimiento constitucional de la Libertad de Empresa [art. 38, Const.Esp.](⁷⁶⁹); derecho subjetivo de contenido muy complejo, que puede ser descompuesto analíticamente en múltiples facultades, entre las cuales se halla no sólo la libertad de acceso y permanencia de los empresarios en el mercado, y de *salida o abandono* del mismo. Siendo las sociedades mercantiles formas jurídicas de organización de la empresa, su propio *ciclo vital* –su constitución, sus modificaciones, su disolución, liquidación y extinción...– *concide*, siquiera de modo parcial, *con el propio ciclo vital de la empresa, como ciclo de presencia en el mercado*. Si existe libertad de constituir una sociedad, también existe libertad de *fixarle un plazo* de duración; de prever causas de disolución no contempladas en la ley, e incluso existe la libertad de disolverlas anticipadamente y liquidarlas, mediante acuerdo social. Basta leer las múltiples disposiciones jurídico-societarias, relativas a las causas de disolución. Mas la Libertad de Empresa no es ilimitada ni ilimitable: el art. 53, Const.Esp. permite la regulación de su ejercicio, mediante ley formal, que no afecte a su núcleo esencial. Y aplicado este principio a las sociedades, una consecuencia lógica es que su regulación contenga, precisamente, el régimen de su *proceso extintivo*.

En este sentido, la *extinción* de las sociedades mercantiles *personificadas* produce la *desaparición de un ente* que la Ley considera *centro de imputación* de relaciones jurídicas; la desaparición de un sujeto de derecho. A decir verdad, *se extinguen tanto la personalidad de la cooperativa, en sí, cuanto* –como condición previa– *el nexo voluntario que daba vida al complejo socio-económico y jurídico de personas y/o patrimonio, reunidos en el ente asociativo* (⁷⁷⁰). Por consiguiente, al hablar de la *Disolución y Extinción* de sociedades, habré de referirme a *fenómenos complejos*, en los que conviven aspectos propios de la extinción de sujetos, con aspectos propios de la extinción de relaciones jurídicas y de contratos; es decir: fenómenos o aspectos *de desmembración* –*parcial o total*– *de vínculos contractuales* [según que nos hallemos ante una disolución parcial, por baja de socios; o bien ante una disolución total], de los que –acto seguido– pueden derivar *efectos extintivos sobre una organización dotada, en su caso, de personalidad jurídica* (⁷⁷¹).

Mas no nos engañemos, por muy aparente que sea la imagen, ofrecida por las normas positivas, de que el proceso disolutorio-liquidatorio-extintivo afecta a unas “*personas*” que se califican de “*ju-*

769 GARCÍA-PITA y LASTRES,J.L.: “*Las Cooperativas Gallegas...*”, cit., p. 29.

770 GARCIA-PITA y LASTRES,J.L.: “*La Disolución...*”, cit., p. 100. BROSETA PONT,M. y MARTÍNEZ SANZ,F.: “*Manual de Derecho Mercantil*”, t. I, edit. TECNOS,S.A., 11ª ed., Madrid, p. 464, en relación con la Disolución de las Sociedades anónimas. En cierto sentido, vid. Asimismo GUYON,Y.: “*Droit des affaires*”, cit., t. I, 8ª ed., p. 197, cuando señala que “*la Disolución es el fin de la existencia social. Las relaciones y vínculos que unían a los asociados se desatan y la personalidad jurídica primero se debilita y –por fin– desaparece*”.

771 BOTANA AGRA,M.: “*Fundamentos ...*”, cit., p. 111.

ridicas”, y que –a fuer de sinceros– no sin sino *ficciones* legales, la desaparición de la personalidad, concluido el proceso, no es más que la consecuencia lógica de la desaparición del ente personificado: **desaparecida la esencia, no puede subsistir el accidente** que se le añade por el legislador.

III.4.3.2.– Frustración de la personalidad jurídica: las sociedades mercantiles *irregulares*. Especial consideración de las sociedades *civiles publicadas de hecho*, que ejercen actividades mercantiles.

Ahora bien; insistimos en que todo lo que se acaba de exponer en el epígrafe anterior es cosa bien conocida. Mucho menos lo es la otra posibilidad –la **desaparición del accidente, pese a la subsistencia del objeto de ese accidente**–, que, en nuestra opinión, se podría producir en el siguiente caso: cuando una **sociedad civil publicada**, comienza –“*de facto*”– a desarrollar **actividades mercantiles**; cuando comienza a actuar en el tráfico como un empresario y, consiguientemente, a generar los riesgos de solvencia que son propios de su tráfico, y que tanto la afectan a ella, como a los terceros –proveedores, financiadores, clientes, trabajadores–, que con ella se relacionan. Pues bien; como ya se dijo anteriormente, mientras que el art. 119, CCo., en relación con el art. 116 y –“*a fortiori*”– con el mismísimo art. 1º, párr. 2º, CCo., revela que la adquisición de personalidad jurídica, por las sociedades *mercantiles*, precisa de publicidad **legal registral**, en cambio las sociedades *civiles*, pueden adquirir personalidad jurídica por el simple expediente de ser sociedades expresas o manifiestas; cosa que –de conformidad con el art. 1669, CC.– se consigue por el simple hecho de que *no se mantuvieran ocultos los pactos sociales* y de que *los socios contratasen en nombre de la Sociedad*.

Pues bien; cuando una sociedad que nació “*civil*”, y que –como tal sociedad civil– adquirió personalidad jurídica por el mero hecho de no ser una sociedad oculta, comienza a desarrollar actividades mercantiles o a explotar una empresa, se convierte –“*de facto ac de iure*”; es decir: de forma involuntaria y por ministerio de la Ley– en una **sociedad mercantil colectiva**, que –como sabemos– solamente adquiere personalidad jurídica mediante la **inscripción registral**, mientras no se haya inscrito; mientras no haya dado los pasos precisos para cumplir ese requisito [la inscripción] que –contra lo que algunos piensan, tiene verdadero carácter *constitutivo*– **¿que le pasa a su personalidad jurídica?** ¿La conserva o la pierde, para precisar de los requisitos legales de publicidad registral, para poder adquirirla nuevamente? Si la conserva, estará operando en el tráfico, con la condición de sujeto de derecho, un ente al que no se ha dado la preceptiva publicidad legal, establecida en interés de terceros. Y si no la conservase, sería algo –aparentemente– difícil de explicar, en términos dogmáticos.

Ahora bien; en nuestra opinión, la dificultad es sólo éso: *aparente*. Y la apariencia de dificultad surge –precisamente– del error latente en los juristas –en todos, probablemente, pues también quienes redactan esta ponencia lo padecieron, en su día–, de considerar que la personalidad es algo inmanente al ente personificado; que la personalidad de las personas jurídicas es algo inmanente a ellas, del mismo modo que la personalidad de los seres humanos lo es, a ellos. Pero esto es **falso**: la personalidad de las sociedades mercantiles no sugiera algo que ellas *sean*, sino algo que ellas **tienen**, y lo que se tiene –por definición– nunca puede ser algo que pertenezca a la propia esencia de quien lo tiene. Por este motivo, **no existe razón dogmática o teórica que impida considerar que las sociedades civiles devenidas en colectivas irregulares, por desarrollar actividad mercantil, dejan de tener reconocida la personalidad jurídica**, porque esto no significa privarlas de algo que les sea propio, esencial e intrínseco a ellas, sino simplemente –lo que no es poco– dejarlas **fuera del amparo legal de la ficción de personificación**, que lleva a cabo el Ordenamiento jurídico. Esas sociedades, originalmente *civiles*, y originamente poseedoras de una *personalidad* jurídica, vinculada a su exteriorización fáctica, **ya no pueden ser consideradas como personas, desde el momento en que pasan a merecer el calificativo de sociedades mercantiles irregulares**, ya que –guste o no guste– la Ley mercantil no se limita a exigir publicidad de la presencia en el mercado, como operador empresarial colectivo, sino que –directamente– exige que esta publicación debe ser legal; es decir: debe ser **registral**. Y, en este sentido, el **art. 16, TRLSA., en relación con el supuesto de la llamada Sociedad irregular**, establece que

“1. Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones.

2. En tales circunstancias, si la sociedad ha iniciado o continua sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. El apartado 3 del artículo anterior, no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad”.

En el Ordenamiento jurídico español, el régimen jurídico de las sociedades irregulares venía siendo discutido. Ciertamente parece que era pacífica la opinión de que en el plano de las relaciones internas, la irregularidad resulta irrelevante: las relaciones jurídicas *internas*; relaciones entre socios, pertenecientes al Derecho “*corporativo*” siempre fueron reconocidas como válidas, en el seno de las sociedades irregulares⁽⁷⁷²⁾, pues –en cualquier caso– parece obvio que **una sociedad irregular no es una sociedad ilegal**, y Doctrina y Jurisprudencia, además del propio CCo. y las leyes sobre sociedades de capitales, reconocen la posibilidad de las sociedades manifiestas no inscritas⁽⁷⁷³⁾. En este sentido cabe concebir diversas opiniones o posturas doctrinales, entre nuestra literatura mercantil-societaria, en relación con el tema de la eficacia jurídica de las sociedades irregulares; más concretamente en relación con la cuestión de su personalidad jurídica:

Una primera posición doctrinal está representada por aquellos que trasladaban a la Sociedad Irregular las consecuencias de los **arts. 117 y 120, CCo.** (GARRIGUES), de modo que la Sociedad *carecería de personalidad*; que los contratos estipulados en nombre de ella *serían nulos*. Y que *la responsabilidad sólo afectaría a los “socios gestores”* que estipularon los contratos. En este sentido, las STSs. de 14.2.1945; de 3.3.1960; de 7.10.1961, de 13.2.1971, son claras a la hora de establecer que el contrato de compañía mercantil será válido y producirá todos sus efectos entre los socios, siempre que hubieran concurrido los requisitos esenciales del Derecho, aunque no se hubiera observado ni siquiera el requisito formal de documentación solemne⁽⁷⁷⁴⁾. En ocasiones, empero, el TS. prefirió considerar aplicable el régimen sobre la Comunidad de Bienes [STSs. de 19.10.1962, de 20.3.1964; de 26.1.1967 o 9.6.1969]⁽⁷⁷⁵⁾.

Una segunda postura es la de quienes, partiendo de la misma base, consideraban inadmisibles ignorar la **existencia de un fondo común**; de unos **contratos** y de una **responsabilidad de los socios**, que se añadía a la responsabilidad de los “**gestores**” o estipulantes (LANGLE RUBIO, BROSETA PONT).

Y, por fin, hay quienes intentan **eludir** la aplicación de los citados **arts. 117 y 120, CCo.** o las conclusiones que lógicamente se desprenderían de su aplicación, afirmando que el Código no impone la falta de personalidad, ni la nulidad de los contratos, sino solamente la inoponibilidad a terceros de los pactos sociales y la responsabilidad de los socios –junto con la de los gestores– de acuerdo con el régimen de la Sociedad Colectiva (GIRÓN TENA. CÁMARA ÁLVAREZ). En efecto: hay quien considera que las sociedades irregulares **poseen personalidad jurídica** propia, independiente de la de sus socios.

Y es que, por lo que hace a los efectos de las relaciones jurídico-negociales de las sociedades irregulares, con terceros, algunos consideran que **no llegan a existir tales relaciones**, sino que **solamente existirán relaciones de los terceros con los socios encargados de la gestión social**⁽⁷⁷⁶⁾. Pero también existe una interpretación amplia, que enraíza con la tesis que considera que las sociedades irregulares pueden tener personalidad jurídica propia, de modo que –consecuentemente– existen relaciones jurídico-negociales **entre las sociedades irregulares y los terceros** [GIRÓN TENA, GONZÁLEZ OR-

772 VICENTE y GELLA, A.: “Curso...”, cit., t. I, 2ª ed., p. 173. MARTÍNEZ VAL, J.Mª.: “Derecho Mercantil”, cit., p. 96.

773 MARTÍNEZ VAL, J.Mª.: “Derecho Mercantil”, cit., p. 96.

774 MARTÍNEZ VAL, J.Mª.: “Derecho Mercantil”, cit., p. 96.

775 Vid. ref. en MARTÍNEZ VAL, J.Mª.: “Derecho Mercantil”, cit., p. 96.

776 Vid. ref. en MARTÍNEZ VAL, J.Mª.: “Derecho Mercantil”, cit., p. 96.

DOÑEZ, BROSETA]. Pero es que algunos autores llegan a sostener que, **incluso aunque la Sociedad Irregular no posea personalidad jurídica** propia, incluso así, la protección del interés legítimo de los terceros aconseja **reconocer que existen relaciones jurídico-negociales entre las sociedades irregulares y los terceros** (777).

La consecuencia primera de la irregularidad societaria mercantil es lo que previene el art. 120, CCo: que “[l]os encargados de la gestión social que contravinieren a lo dispuesto en el artículo anterior, serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la compañía con quienes hubieren contratado en nombre de la misma”. A decir verdad; el precepto establece un regla de cierta complejidad, porque contiene varios elementos ideológicos: 1) En primer lugar, se alude a los sujetos **encargados de la gestión social**. 2) En segundo, estos sujetos deben haber **contravenido a lo dispuesto en el art. 119**. Y –3)– En tercer lugar, los sujetos que reúnen las dos circunstancias expuestas –además– **deben haber contratado con terceros, actuando en nombre de la sociedad irregular**.

III.5.– PERSONALIDAD JURÍDICA Y PATRIMONIO.

Consecuencia de la personificación de las sociedades mercantiles, como de las fundaciones –de hecho, con mayor motivo en estas últimas– es la posesión de un patrimonio; del patrimonio social o fundacional, que debe ser entendido en dos sentido: *subjetivo-funcional* y *objetivo-material*. En sentido objetivo-material, las personas jurídicas poseen patrimonio, por la misma razón que el art. 38, CC., les reconoce capacidad para *“adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones”*, pues es sabido que el concepto jurídico más extendido de *“patrimonio”*, es el que lo presenta como el conjunto de derechos y deberes de contenido económico, que pertenecen a una persona.

Ahora bien; aun más importante es la posibilidad de que las personas jurídicas –concretamente, las sociedades mercantiles y civiles, y las fundaciones– puedan poseer un patrimonio, entendido éste en sentido **subjetivo-funcional**; posibilidad ésta, que –en opinión de esta Ponencia– **también se deduce del art. 38, párr. 1º, CC.**, pues no hay que olvidar que los términos literales del citado precepto dicen así:

“Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución ...”

Obsérvese que el precepto no pone tanto énfasis en la referencia a los bienes y las obligaciones, etc., que se pueden *“adquirir y poseer”* o *“contraer”*, cuanto en la referencia a **la propia “posibilidad”, en sí misma, de “adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones”**. Y, en este sentido, lo que cabría interpretar es que el precepto reconoce el hecho –evidente, en el caso de la Persona Humana–, de que allí donde se reconoce personalidad y a quienquiera que se le reconozca o atribuya, allí mismo habrá que reconocer –paralela e inevitablemente– un **patrimonio**, pero entendido, ahora, como la **emanación o la dimensión económica de la Persona**. Para expresarlo brevemente: *“ubi persona, ibi peculium”*, o –en nuestro caso– *“ubi corporatio, ibi peculium”*.

Esto posee una trascendencia fundamental, como consecuencia del principio de la **responsabilidad patrimonial universal**, reconocido por el art. 1911, CC., el cual –de paso– al disponer que:

“Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”,

también avala o contribuye a poner de manifiesto esa noción subjetivo-funcional del Patrimonio, ya que solamente se puede entender que el patrimonio –objeto de responsabilidad– abarque *“todos [los] bienes... futuros”* del Deudor, si se considera que el Patrimonio, en cuanto realidad superior –y distinta–

777 Vid. ref. en MARTÍNEZ VAL, J.Mª.: *“Derecho Mercantil”*, cit., p. 96.

a la suma de los elementos singulares que lo componen, representa una cierta “*facies*” económica del propio Sujeto.

A decir verdad, aquí se halla el eje de todos los problemas, ya que si toda persona –física o jurídica– posee un patrimonio, con el cual responde del cumplimiento de sus obligaciones, entonces cada persona posee *su propio y exclusivo* patrimonio, con el cual –y *solamente* con él– responderá del cumplimiento *de sus obligaciones*, y sólo de ellas. Y, así, en la medida en que se reconozca personalidad jurídica a una sociedad mercantil, sobre todo de las de capitales, habrá que reconocer que, de un modo u otro, hay **bien una limitación o bien una refracción-postposición de la responsabilidad patrimonial de los socios.**

Ahora bien; la Responsabilidad patrimonial universal de las sociedades y personas jurídicas, en el ámbito mercantil, conlleva una consecuencia socioeconómica obvia: dado que el tráfico mercantil se basa en el crédito y la confianza, es obvio que muchos sujetos, distintos de las personas jurídicas potencialmente responsables, **valorarán el crédito y la confianza que éstas merecen, en función de su situación patrimonial.** De ahí la importancia de la **Contabilidad.**

Se trata de una cuestión de gran trascendencia, incluso internacional, lo que ha provocado un creciente interés público por la concentración de las normas y prácticas contables, en la medida en que su contribución al crecimiento económico pueda redundar en mayores niveles de bienestar para las sociedades que participan en procesos de integración. El “*International Accounting Board*” [IAB.], organismo internacional, preivado e independiente, ha jugado un papel esencial en la recopilación de las reglas sobre información financiera, ofreciendo los resultados de esta actividad suya, a la comunidad internacional. Asimismo, a nivel de la UE., ha propiciado un proceso de **armonización contable**; es decir: de armonización jurídica o normativa, en materia de contabilidad, por medio de la adopción, a nivel comunitario, de las **Normas Internacionales de Contabilidad** [NIC.], elaboradas por el “*International Accounting Standards Board*” [IASB.], inicialmente pensando en las sociedades cotizadas. Resultado de este proceso ha sido la **Ley nº 16/2007, de 4 de julio, de Reforma y Adaptación de la legislación mercantil en materia contable**, que ha supuesto una importante modificación de toda la regulación anterior, relativa a esta materia, y su ulterior desarrollo con la aprobación del **nuevo Plan General de Contabilidad, para las PYMEs.**

El nuevo régimen se basa –principalmente– en la proclamación del principio de **prevalencia del fondo sobre la forma** [“*substance over form*”], con el propósito de eliminar o reducir los abusos asociados a lo que se conoce como la “*contabilidad creativa*”. Así, el nuevo **art. 34, nº 2, CCo.** dispone que:

“... *Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica...*”

Por otra parte, se asisten a una cierta erosión, o quizá más bien a una “degradación” –entendida como pérdida de importancia– del tradicional principio de **prudencia valorativa**. En este sentido, cabe afirmar que el de Prudencia, con la reforma, ha perdido su tradicional carácter de “*macro-principio*” contable, como refleja el hecho de que el nuevo **art. 38, CCo.**, haya suprimido la regla anterior, conforme a la cual, en caso de conflicto con cualquier otro principio contable, debería prevalecer el principio de prudencia. Ya no es así: ahora, el citado principio se sitúa “*pari passu*” con los demás.

Otra importantísima modificación en nuestro Derecho Contable mercantil tradicional ha sido la introducción en el Balance de un tercer elemento independiente, que viene a sumarse a los tradicionales Activo y Pasivo: se trata del llamado “**Patrimonio Neto**”. Así –y de conformidad con el **art. 36, CCo.**–, mientras que el “*Activo*” se define como los “*bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que es probable que la empresa obtenga beneficios económicos en el futuro*” y el “*Pasivo*”, como “*obligaciones actuales surgidas como con-*

secuencia de sucesos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de recursos que puedan producir beneficios económicos. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones”, el concepto de “Patrimonio Neto” designa “la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos”. Dicho Patrimonio Neto “[i]ncluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten”.

Consiguientemente, parece que no todas las aportaciones sociales que lleven a cabo los socios tendrán la consideración jurídico-contable de “*patrimonio neto*”, o –por lo menos– no la tendrán en todos los casos, cual sucede con las aportaciones efectuadas como consecuencia de la suscripción de acciones **rescatables** o de acciones o participaciones **sin voto**, que –de ahora en adelante– tendrán jurídicamente la consideración de pasivos, y otro tanto –dejar de pertenecer al Patrimonio Neto, para pasar a engrosar el Pasivo– sucede con las **provisiones**.

Otra novedad la constituye el tratamiento contable de los llamados “*instrumentos financieros*”, por la **Norma de valoración nº 9.3**, del nuevo **Plan General Contable**, tomada de la correspondiente de las “*International Accounting Standards*”. Esta norma, en relación con aquellos instrumentos financieros que den derecho a exigir el rescate o una remuneración predeterminada, y que se vale de una noción de “*instrumento financiero*” que es tan amplia que –a decir verdad– abarca tanto los “*instrumentos financieros*” propiamente dichos, como los “*valores negociables*”, ambos en el sentido del art. 2º, LMV., e incluso se extiende a derechos o posiciones jurídicas como las participaciones sociales –incluidas las participaciones sin voto– que se crean en el seno de las sociedades de responsabilidad limitada.

También hay que tener en cuenta lo previsto en el **art. 35, nº 1, CCo.**, en cuanto diferencia o distingue entre “*patrimonio*” y “*fondos propios*”, en los siguientes términos:

“En el patrimonio neto se diferenciarán, al menos, los fondos propios de las restantes partidas que lo integran”,

lo cual revela que dentro del Patrimonio Neto, existen partidas o elementos que no son ni activo, ni pasivo, ni fondos propios, como las *subvenciones*, las *donaciones* o los nuevos “*ajustes por valor razonable*”.

ero, sobre todo, la “*Gran Novedad*” del nuevo PGC. –importada desde las recomendaciones del IASB.– consiste en lo que se ha descrito como “*un mecanismo limitado de actualización de balances sin necesidad de ley formal que lo autorice*”: se trata de la aplicación del criterio del “**Valor razonable**”, por cuya virtud las variaciones de valor que se produzcan al final de un ejercicio en los activos financieros disponibles para la venta y en determinados instrumentos de cobertura se llevarán directamente al Patrimonio Neto del Balance, en una nueva partida, denominada “*Ajustes por valor razonable*”, debiéndose mantener en dicha partida las diferencias de valor derivadas de tales ajustes, hasta que se produzca la baja, deterioro, enajenación o cancelación de los nuevos elementos que nutren dicha partida. El importe de esta partida, que lo es de Patrimonio Neto, no podrá ser objeto de distribución, ni directa ni indirectamente.

Mas, en la medida en que fijemos la atención en las sociedades mercantiles, habremos de considerar –precisamente– su condición de *sociedades* y su condición de *empresarios*; es decir: de titulares de una empresa. Por lo que se refiere a este último aspecto, la Reforma del Derecho Contable mercantil ha fijado su atención en el tratamiento del “**Fondo de Comercio**”, suprimiendo el tradicional régimen de amortización en el plazo máximo de 20 años –“*no será objeto de amortización*”–, y sustituyéndolo por un sistema **corrector**: “*si deberán practicarse, sin embargo, las correcciones de valor pertinentes, al menos anualmente, en caso de deterioro*”.

Asimismo, deberá dotarse **una reserva indisponible**, equivalente al Fondo de Comercio que aparezca en el Balance, destinando anualmente, con este fin, un importe igual –como mínimo– **5%**

del valor del Fondo de Comercio, según el Activo del Balance, integrándolo con cargo a **beneficios o reservas disponibles**.

Por lo que hace a los aspectos más estrictamente vinculados a la condición “*societaria*”, hay un tratamiento nuevo del **reparto de dividendos** y de la **reducción de capital y disolución por pérdidas**. La clave del nuevo régimen se halla, precisamente, en la anfibología del concepto de “*Patrimonio Neto*”, que se emplea –con diferente significado– para definir un **elemento del Balance** y para aplicarlo “*a los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria del capital social y de la disolución por pérdidas*”, lo cual se refleja en que –en algunos casos, y no en todos– ciertos instrumentos de patrimonio que forman parte del Pasivo, se consideran, sin embargo, como patrimonio neto.

De conformidad con el **art. 36, nº 1, CCo**.

“1. Los elementos del balance son:

a. *Activos: bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que es probable que la empresa obtenga beneficios económicos en el futuro.*

b. *Pasivos: obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de recursos que puedan producir beneficios económicos. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones.*

c. *Patrimonio neto: constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten.*

A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. También a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto...”

Pues bien; si conectamos esta disposición con lo que previene el **art. 213, nº 2, TRLSA**: que “*sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a las reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social*”, habremos de concluir que, para comprobar si se da esta circunstancia, **las acciones rescatables y las acciones o participaciones sin voto se considerarán “patrimonio neto”**, lo cual es totalmente lógico, ya que son partes representativas del capital social, y –por tanto– del conjunto de promesas de aportación y del conjunto de derechos de participación económica, que corresponden a los socios.

Los dividendos de acciones o participaciones contabilizados como pasivos tienen la consideración de “**gastos financieros**”. Mas entonces ¿acaso debe entenderse que la distribución de estos dividendos no estará sujeta al test del patrimonio neto, pudiendo repartirse incluso si éste resulta ser inferior al capital social? La Ley no da una respuesta, aunque si se aplica la lógica del principio “*accessorium sequitur principale*”, los frutos de las acciones rescatables y de las acciones y participaciones sin voto también deberán tener la consideración de **patrimonio neto**, aunque la solución a la cuestión de si se consideran, o no, como un gasto, a efectos de la determinación del resultado contable, no tenga por qué ser la misma.

III.6.– UNA CONSECUENCIA DE LA “REGULARIDAD” DE LA PERSONA JURÍDICA: LOS “LÍMITES” DE LA PERSONALIDAD FICTA Y EL “LEVANTAMIENTO DEL VELO”.

III.6.1.– *Levantamiento del velo de la personalidad jurídica e interpretación teleológica de las normas que tutelan el reconocimiento de la personalidad.*

A la vista de todas las circunstancias expuestas, parece evidente que la personalidad jurídica solamente puede concebirse como algo *externo, ficticio* y esencialmente dotado de *límites intrínsecos*, de forma que no pueda prevalecer sobre la Persona Humana, en aquéllos casos en los que o bien no conviene llevar a cabo esa referida unificación de actos y titularidades; para lograr un régimen de imputación colectiva singularizada y “*separada*” de relaciones jurídicas... o bien, alternativamente, NO existe, en realidad, una *pluralidad de personas* cuya acción colectiva y cuyas titularidades colectivas merecen ser jurídicamente reducidas a la unidad e independizadas de cada uno de los miembros de esa agrupación de personas, o NO existe un *patrimonio de afectión*, al que convenga reconocerle una subjetividad jurídica, aislándolo del patrimonio personal del socio [*único*] que lo ha aportado o que ha asumido el compromiso de mantenerlo afecto a la sociedad, sino que hay un único socio –o varios– con poderes de control derivados de las circunstancias más diversas, que –en tales condiciones– se sirven de la estructura societaria personificada, para fines o al servicio de intereses que el Derecho no considera legítimos, sino *ilegítimos* (778), o bien incluso al servicio de intereses que el Derecho sí considera legítimos, pero que –eventualmente– podrían entrar en conflicto con otros intereses legítimos y, en este conflicto, la solución más ajustada a los principios de Justicia, Igualdad real y Solidaridad, que derivan de la Constitución y que representan –al mismo tiempo– valores superiores del Ordenamiento jurídico, sería la de “*levantar el velo de la personalidad*”, imputando al socio o socios –o, en general, a aquellas personas– que ostentan aquella posición predominante, consecuencias jurídicas en el plano de la responsabilidad, que –formalmente– deberían imputarse a la Persona jurídica *social*. Y es que la posibilidad de que la personificación independiente de las sociedades mercantiles, cuando va unida a la independencia patrimonial plena y a la limitación de responsabilidad de los socios, constituya fuente de múltiples abusos –de modo muy claro y evidente cuando se plantea el problema de identificación de la nacionalidad de las sociedades, como distinta de la de sus socios–, constituye un riesgo evidente que lastra las innegables ventajas de la Personalidad jurídica (779), y –al propio tiempo– una realidad que la Jurisprudencia española y extranjera no han dejado de advertir, desde hace mucho tiempo –desde comienzos del siglo XX–, emprendiendo una lucha contra aquellos supuestos de “*deformación*” de la Personalidad jurídica,

778 La posibilidad de que la personificación independiente de las sociedades mercantiles, cuando va unida a la independencia patrimonial plena y a la limitación de responsabilidad de los socios, constituya fuente de múltiples abusos –los cuales se perciben, de modo muy claro y evidente cuando se plantea el problema de identificación de la nacionalidad de las sociedades, como distinta de la de sus socios–, constituye un riesgo evidente que lastra las innegables ventajas de la “Personalidad jurídica” y –al propio tiempo– una realidad que la Jurisprudencia española y extranjera no han dejado de advertir, desde hace mucho tiempo –desde comienzos del siglo XX–, emprendiendo una lucha contra aquellos supuestos de “*deformación*” de la Personalidad jurídica, que ha sido “*utilizada para fines que el Ordenamiento no puede, o mejor dicho, no debe proteger*” [SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22ª ed., p. 237. BROSETA PONT, M.: “*Manual...*”, cit., 10ª ed., p. 191, quien señala que “*se usa y abusa de la personalidad jurídica; que la forma de sociedad anónima se utiliza como una pantalla detrás de la que se esconden los socios...; que existe una real divergencia entre la apariencia y la realidad de las sociedades de capitales*”. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GALLEGO SÁNCHEZ.: cit., t. I, 2ª ed., p. 397. PRAT y RUBI, J.: “*Intervención de la Persona Jurídica...*”, cit., ps. 24 y ss. RUIZ-RICO RUIZ, C.: “El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: Argumentaciones jurídicas tendentes a reducir su aplicabilidad”, en ADC., 2000, t. LIII, fasc. III, p. 923].

779 SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22ª ed., p. 237. BROSETA PONT, M.: “*Manual...*”, cit., 10ª ed., p. 191, quien señala que “*se usa y abusa de la personalidad jurídica; que la forma de sociedad anónima se utiliza como una pantalla detrás de la que se esconden los socios...; que existe una real divergencia entre la apariencia y la realidad de las sociedades de capitales*”. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GALLEGO SÁNCHEZ.: cit., t. I, 2ª ed., p. 397. PRAT y RUBI, J.: “*Intervención de la Persona Jurídica...*”, cit., ps. 24 y ss. COZIAN/VIANDIER.: cit., 9ª ed., p. 88. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “*Abuso de personificación...*”, cit., ps. 71 y ss.

que ha sido “*utilizada para fines que el Ordenamiento no puede, o mejor dicho, no debe proteger*”⁽⁷⁸⁰⁾, porque resultan torticeros, fraudulentos o abusivos, de tal modo y manera que el Poder Público ha de disponer de mecanismos de reacción, para hacer frente a tales situaciones anómalas, y no permanecer impasible como cómplice omisivo de tan desleales comportamientos. Pensemos –dice algún autor– en el supuesto de un sujeto *A* que constituye una Sociedad anónima familiar, en la que incluye como socios a su cónyuge y a sus hijos. El mismo *A* se nombra administrador y, en representación del ente social, concierta consigo mismo –aunque actuando en calidad de tercero– un crédito preferente, de forma que –llegada la disolución y liquidación de la Sociedad– se hace pago con todos los bienes de ésta, sin que los demás acreedores –que se ven privados de patrimonio sobre el que ejercer sus créditos– no puedan dirigirse ni contra los hijos, no contra el cónyuge, ni contra el propio *A* (781).

Los abusos de la personalidad jurídica societaria pueden proyectarse así sobre el plano del Derecho privado, cual sucede en los casos en los que la personalidad utilizada abusivamente se convierte en instrumento para el fraude de ley y/o el fraude de acreedores (782), como sobre el plano del Derecho público, destacando –a este respecto– el fraude *fiscal*, cometido a través del abuso de la personalidad jurídica (783). El problema del *abuso y deformación* de la Personalidad Jurídica, es un problema de alcance general, que se proyecta sobre el conjunto del Derecho de Sociedades, aunque presenta mayor incidencia en el régimen de las sociedades de capitales y estructura corporativa, dotadas del beneficio de la “limitación de responsabilidad”, formen o no formen parte de “grupos” o participen, o no, en cualquier modalidad de concentración interempresarial. Un problema de *abuso y deformación* de la Personalidad Jurídica que, en última instancia, no es otra cosa que un conflicto entre dos principios o dos intereses –“*prima facie*”– igualmente legítimos y básicos de nuestro Ordenamiento jurídico, que los ha acogido en los arts. 1º y 9º, nº 3, Const.Esp:

1.– La seguridad jurídica

2.– La Justicia (784).

La Seguridad jurídica exige no hacer “*tabula rasa*” del reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, tal como imponen los arts. 35 y ss., CC., en relación con múltiples preceptos de nuestro Derecho Societario, específicamente dedicados a los distintos tipos de sociedades, comenzando por el propio art. 116, nº 2, CCo.; reconocimiento que se extiende a la concentración empresarial y las uniones y grupos de sociedades; fenómeno que se caracteriza, en una primera aproximación, por su “*legalidad*”; por el reconocimiento de su *licitud* básica, por parte del Ordenamiento jurídico, pues *ni para el Derecho público, ni para el Derecho privado constituye, en términos generales, nada ilícito que las sociedades formen grupos* (785).

La Justicia, en cambio, exige solventar de modo equitativo los complejos problemas vinculados a la responsabilidad civil contractual y extracontractual; problemas de protección de los intereses de los

780 SÁNCHEZ CALERO,F.: “Instituciones...”, cit., t. I, 22ª ed., ps. 237 y s. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GALLEGO SÁNCHEZ.: cit., t. I, 2ª ed., p. 397. PRAT y RUBI,J.: “Intervención de la Persona Jurídica...”, cit., p. 26. RUIZ-RICO RUIZ,C.: “El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: Argumentaciones jurídicas tendientes a reducir su aplicabilidad”, en ADC., 2000, t. LIII, fasc. III, p. 923.

781 PRAT y RUBI,J.: “Intervención de la Persona Jurídica...”, cit., p. 22.

782 COZIAN/VIANDIER.: cit., 9ª ed., ps. 88, quienes aluden a la utilización de las sociedades como instrumento para defraudar los derechos de los cónyuges o de herederos.

783 COZIAN/VIANDIER.: cit., 9ª ed., ps. 88 y s.

784 SÁNCHEZ CALERO,F.: “Instituciones...”, cit., t. I, 22ª ed., p. 238. EMBID IRUJO,J.M.: “Justicia y Seguridad Jurídica: a propósito del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica societaria”, en D.N., 1998, nº 96, septiembre, p. 3. HAMILTON,R.W.: “*The Law of Corporations*”, cit., p. 81, quien se pronuncia en los siguientes términos: “*asumamos por un momento que se ha creado plena y apropiadamente una sociedad personificada [“corporation”] de acuerdo con la legislación estatal, de modo que se ha constituido una “persona jurídica de jure” en el sentido más pleno de la expresión. La cuestión básica... es si y en qué medida debería ser ignorada la existencia independiente de esa persona jurídica, en orden a satisfacer ideales básicos de justicia o evitar la frustración de alguna política pública claramente articulada*”.

785 LANGLE RUBIO,E.: “Manual...”, cit., t. I, p. 712.

terceros, *acreedores* de sociedades integradas o controladas, toda vez que la integración en un grupo, por parte de una sociedad, o la circunstancia de que ésta se encuentre dominada por otra persona, incluso aunque no se constituya propiamente una relación de grupo, puede dar lugar –p.e.– a que se produzcan *actuaciones que comporten una desviación del patrimonio de la sociedad “dominada”, hacia el patrimonio de la sociedad “dominante”* o, simplemente, despatrimonializaciones o infracapitalizaciones de la sociedad controlada, perjudicando seriamente a los acreedores de ésta (786). Y es que uniones de sociedades, que no entrañan formalmente la desaparición de éstas, como entes jurídicos independientes y distintos; portadores, cado uno, de *su propio patrimonio*, suscitan un problema –latente, en todo momento– cual es el de que *pueden darse “interferencias”* patrimoniales entre unas y otras de esas entidades integradas, lo que obliga a preguntarse si acaso no sería dable, igualmente, una *“comunicación de responsabilidades”* entre sí. Se trata –pues– de decidir si entre estas distintas sociedades/personas se da, o no se da, una *“permeabilidad de patrimonios”*, entendida en el doble sentido de: por una parte, la posibilidad *trasladar al patrimonio de una entidad*, las *obligaciones* derivadas de actos materiales, jurídicos, etc., llevados a cabo *por otra entidad diferente*, con la que *mantiene relaciones “de grupo”*, convirtiéndolas en obligaciones de otro sujeto distinto, o bien en obligaciones con pluralidad subjetiva pasiva. Así, en primer lugar, habré de centrar mi atención, no tanto de un problema de ejecución de las obligaciones, asegurada por la garantía patrimonial universal, cuanto de un problema de *imputación de responsabilidades –rectius: de obligaciones– por actos –formalmente– ajenos*.

Y, en segundo término, se trata de decidir si entre estas distintas sociedades/personas se da, o no se da, la mencionada *“permeabilidad de patrimonios”*, entendida –ahora– como la posibilidad *de agredir “in executione” el patrimonio de una entidad*, en garantía de las deudas asumidas *por otra entidad distinta*, con la que *mantiene relaciones “de grupo”*.

Pues bien; constatada dicha realidad no es de extrañar que se produzcan reacciones ante tan indeseables conductas, que no son exclusivos del ámbito de la jurisdicción civil, sino que son comunes a los distintos sectores del ordenamiento jurídico: social⁽⁷⁸⁷⁾, administrativo, penal⁽⁷⁸⁸⁾ y constitucional⁽⁷⁸⁹⁾.

La jurisprudencia española⁽⁷⁹⁰⁾ venía acudiendo al levantamiento del velo a través de lo que se venía denominando la doctrina de terceros (SSTS de 7 de junio de 1927, 8 de octubre de 1929, 12 de

786 ABBADESSA,P.: “I gruppi...”, cit., p. 127. BOLDÓ RODA,C.: “*Levantamiento del Velo y Persona Jurídica...*”, cit., ps. 394 y s. SÁNCHEZ MIGUEL,M^a.C.: “Los grupos de sociedades...”, cit., p. 64. CAMPS RUIZ,L.M.: “Problema...”, cit., p. 88.

787 En el ámbito laboral normalmente el conflicto nace de la necesidad de la identificación del empresario o empleador cuando se utilizan sociedades de fachada o aparentes que dificultan la efectividad de los derechos de los trabajadores.

788 La sentencia de 27 de marzo de 2.003, de la Sala del Tribunal Supremo español prevista en el [artículo 61 de la Ley 6/1.985, de 1 de julio](#), de acudir a la técnica del levantamiento del velo para declarar la ilegalidad de los partidos políticos Herri Batasuna y Batasuna, ante “la existencia de una unidad de sujeto real, frente al cual las distintas estructuras interpuestas vienen a ser puros ropajes jurídicos, insusceptibles de ocultar” la realidad de una identidad efectiva de los partidos mencionados y ETA, cuya atención a sus miembros apresados es notoriamente compartida por las demás organizaciones sólo aparentemente autónomas”.

789 En este sentido la sentencia del Pleno de la Corte Constitucional de Colombia de 7 de septiembre de 2004 sobre la inconstitucionalidad del art. 373 del Código de Comercio, que los accionistas de la sociedad anónima debían responder patrimonialmente de los pasivos laborales. La Corte en este caso consideró que el empleo de la personificación jurídica como instrumentos para desconocer los derechos de los trabajadores y pensionados, con fines fraudulentos resultaría contrario a la Constitución, pero sin embargo se constatan la existencia de remedios legales para proteger los trabajadores entre los cuales estaría la técnica del levantamiento del velo. En esta resolución la Corte analiza el estado de la doctrina, citando expresamente la obra de José Ignacio Narváez. “Teoría General de las Sociedades”, pág. 41, con transcripción literal: “El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación: Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso”.

790 DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R, en su obra: “La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia” (1997), clasifica la doctrina del Tribunal Supremo en los grupos siguientes: responsabilidad civil; tercera de dominio y otras manifestaciones procesales; actos fiduciarios, y persona jurídica con un único miembro.

diciembre de 1950 entre otros), pero su recepción bajo tal denominación no se lleva a efecto, hasta la conocida STS de 28 de mayo de 1984, que señala al respecto:

“Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos primero, uno, y noveno, tres), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo séptimo, uno, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo sexto, cuatro, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar “levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo séptimo, dos, del Código Civil) en daño ajeno o de “los derechos de los demás” (artículo diez de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un “ejercicio antisocial”) su derecho (artículo séptimo, dos, del Código Civil), lo cual no significa –ya en el supuesto del recurso– que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y “constitutiva” personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad “ex contractu” o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, “quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes” y menos “cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad”, según la doctrina patria”.

Otras decisiones jurisprudenciales de los Tribunales de Justicia españoles, han reflejado esta imagen de la Doctrina del “Levantamiento del Velo”, como expediente de creación meramente Jurisprudencial, que habría sido elaborado –precisamente– como respuesta frente a la inexistencia en los ordenamientos jurídicos de un tratamiento legislativo general que consagrara una técnica semejante. En este sentido, su nacimiento se produce marcado por el *casuismo*: los Tribunales de Justicia adoptan este tipo de medida o de criterio, y lo aplican de forma contingente y con carácter casuístico, a los efectos de evitar la consagración de los supuestos de abusos en la utilización del hermetismo societario, de la doble moral que supone alegar la distinta personalidad jurídica cuando la misma se utiliza precisamente para lograr fines fraudulentos. Así, las STSs de 28 de enero de 2005 ⁽⁷⁹¹⁾ y 3 de

791 En este sentido la STS de 21 de mayo de 2005 dice: “Actividad industrial que constituye el negocio familiar, y que no existe separación alguna de patrimonios, ni de personalidades, por lo que obviamente no cabe ampararse en la aparente autonomía jurídica del socio y de la sociedad para distraer las responsabilidades de ésta, por cuanto ello constituye un abuso de la personalidad formal que se utiliza como vehículo de fraude, lo que contradice los principios de la buena fe y equidad y vulnera la prohibición del fraude y el abuso de derecho que consagran los arts. 3.2 ; 6.4, 7.1 y 7.2 del Código Civil, y permite aplicar, por un lado, la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo (Sentencias, entre otras, de 25 octubre 1997; 30 mayo, 22 julio y 9 noviembre 1998; 26 abril y 13 octubre 1999; 31 enero, 28 marzo y 17 octubre 2000), y, por otro, la doctrina jurisprudencial que niega la cualidad de tercero en las tercerías de dominio cuando hay coincidencia de intereses, o confusión de patrimonios o personalidades entre el demandante tercerista y el ejecutado (SSTS de 22 febrero, 30 mayo, 11 octubre y 31 diciembre 1999, 31 enero y 22 noviembre 2000, y las que citan, entre otras).” O la de 17 de diciembre de 2008, cuando proclama que: “Tal doctrina pretende evitar que la alegación de la separación del patrimonio de una persona jurídica que es la misma que otra persona física o jurídica, cuando en realidad hay identidad entre las mismas – es el caso presente– pretenda obtener un fin fraudulento como el planteamiento de una ficticia tercería de dominio –es así en el caso presente–. La jurisprudencia ha analizado muy reiteradamente este tema, llegando a la conclusión que aquí se apunta. Es especialmente elocuente y detallada la sentencia de 3 de junio de 2004 y también las de 29 de septiembre de 2006, 22 de febrero de 2007, 30 de octubre de 2007 y 30 de noviembre de 2007. Con todos los datos que enumeran las sentencias instancia, es correcta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo para considerar la identidad de las sociedades que impide que se aprecie el carácter de tercero en la demandante y prospere su tercería de dominio. No hay infracción del artículo 7.2 del Código civil sino que se ha aplicado correctamente como base legal de la doctrina jurisprudencial

abril de 2009, la presentan como un procedimiento para descubrir, y reprimirlo en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso.

Podemos, por consiguiente, afirmar que la doctrina del levantamiento del velo es de creación inicialmente jurisprudencial por inexistencia en los ordenamientos jurídicos de un tratamiento legislativo general que la consagre. Nace mediante su aplicación por parte de los Tribunales, con carácter casuístico, a los efectos de evitar la consagración de los supuestos de abusos en la utilización del hermetismo societario, de la doble moral que supone alegar la distinta personalidad jurídica cuando la misma se utiliza precisamente para lograr fines fraudulentos. La denominada Doctrina del Levantamiento del velo de la persona jurídica [*“Lifting the Veil”* o *“Piercing the Veil Theory”*] constituye una *“colorida metáfora”* con la que se pretende *poner coto a los efectos excesivos derivados del reconocimiento de la personalidad jurídica* de los entes societarios, *si esta personificación se mantuviese a ultranza* (792). A decir verdad, los Tribunales de Justicia de los distintos países –comenzando por los del *“Common Law”*– hacen aplicación material de esta supuesta teoría, pero –y son conscientes de ello– de modo no sistemático y *sin pronunciarse* sobre los límites de la personalidad jurídica: valgan como ejemplo –en la Jurisprudencia australiana– las *“opinions”* de ROGERS AJA, en la *Sent. Court of Appeal* de Nueva Gales del Sur, recaída en el Caso *Briggs c. James Hardie & Co. Pty Ltd.* [(1989) 16 NSWLR 549 – 567], reconociendo la ausencia de principios dogmáticos generales, sobre los que apoyar las decisiones judiciales que, ocasionalmente, llevan a cabo el levantamiento del velo. Por su parte, la STS., Sala 1ª, de 02.04.1990, alude a esta figura del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en los siguientes términos:

“Es una moderna orientación jurisprudencial la que permite penetrar en el “substratum” personal de entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, a la sombra de esta ficción legal y respetable, se puedan perjudicar intereses privados o públicos, o bien ser utilizados como camino del fraude; tratándose con élo de permitir a los jueces que puedan levantar el velo jurídico y penetrar en el interior de tales personas, cuando sea preciso para evitar el abuso”.

DE ÁNGEL YAGÜEZ la describe como aquella *“técnica judicial consistente en prescindir de la forma externa de la personalidad jurídica y, a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma, “levantar su velo”, y así examinar los reales intereses que existen o laten en su interior...”*, para –de este modo– *“poner coto a los fraudes y abusos que por medio del “manto protector” de la persona jurídica se pueden cometer”* (793). Hay, en estas palabras de DE ÁNGEL YAGÜEZ, dos afirmaciones que me parecen especialmente interesantes; a saber.:

1. Por una parte, la calificación del levantamiento del velo como una *“técnica judicial”* (794), que lo es por su propia naturaleza y por las circunstancias que han motivado su aparición, puesto que parece la respuesta lógica –inevitablemente lógica– al problema de la inexistencia en los ordenamientos jurídicos, de un tratamiento legislativo general que la consagre: No es la respuesta típica del Poder legislativo –la

del levantamiento del velo”. La razón de ser de la mentada doctrina radica en evitar la actuación fraudulenta que se produce mediante la articulación o manejo unitario, directamente o a través de testaferros, de varias personalidades jurídico-sociales con el resultado de desviar o eludir responsabilidades, con perjuicio de terceros o daño de los acreedores, rompiendo con ello el principio de la buena fe (SSTS de 5 de abril de 2001, 29 de septiembre de 2004, 29 de julio de 2005, 10 de febrero de 2006, 10 de marzo, 11 de mayo y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero de 2008 entre otras).

792 AYALA GARCÍA, J.M.: “La Doctrina del “levantamiento del velo”. Su aplicabilidad en el Proceso penal. Aspectos sustantivo y proceso penal”, en RES., 1996, nº 86, abril/junio, p. 53. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GALLEGO SÁNCHEZ.: cit., t. I, 2ª ed., p. 397. EMBID IRUJO, J.M.: “Justicia y seguridad...”, cit., ps. 3 y ss. HAMILTON, R. W.: *“The Law of Corporations”*, cit., p. 81.

793 DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *“La Doctrina del...”*, cit., 4ª ed., p. 44.

794 ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: *“Abuso de personificación...”*, cit., p. 139, quien señala que “[e]l desmascaramiento de la persona jurídica para desvelar la realidad interna, subyacente a la envoltura exterior, es esencialmente una técnica judicial que debe reservarse al proceso y desenvolverse netamente en el mismo”.

Ley, como norma de alcance *general*–, sino la que cabe esperar de los *Tribunales de Justicia*, que la formulan mediante su aplicación, con carácter *casuístico*, a los efectos de evitar la consagración de los supuestos de abusos en la utilización del hermetismo societario, de la doble moral que supone alegar la distinta personalidad jurídica cuando la misma se utiliza precisamente para lograr fines fraudulentos.

2. Por otra, la idea de “*examen de los reales intereses*” que existen o laten en el interior de la formal personalidad jurídica.

Si el Derecho tiene por objeto la regulación de relaciones humanas, parece evidente la importancia fundamental de su dimensión práctica. Por eso, la función primordial de la Ciencia del Derecho es la de servir al proceso de aplicación de las normas jurídicas⁽⁷⁹⁵⁾. Así lo pone de manifiesto COING, quien señala que un Sistema del Derecho codificado exige una Teoría del Pensamiento jurídico, que debe estar orientada al logro de tres objetivos, que se corresponden con las que han de ser tareas del Jurista: la interpretación, el perfeccionamiento y la aplicación de las normas jurídicas⁽⁷⁹⁶⁾. Y, así, aunque la Ciencia del Derecho pueda ser calificada como una Ciencia histórico-interpretativa, insistiéndose en su finalidad como saber destinado a la interpretación⁽⁷⁹⁷⁾, presenta todavía un especial rasgo distintivo; a saber: se caracteriza porque la labor de interpretación de las normas no se limita a un simple esclarecimiento del sentido de los textos legales, sino que sirve instrumentalmente a la labor de aplicación de las mismas al caso concreto⁽⁷⁹⁸⁾. Y aunque bien es verdad que el científico o el estudioso del Derecho, ni lo aplica directamente, ni aconseja a las partes interesadas en las relaciones jurídicas, dando forma a estas últimas, a no ser que actúen como juez, como abogado, como notario, etc., sin embargo hacen posible el desarrollo de las diversas actividades de aplicación del Derecho. En este sentido, partiendo de la base de que el Derecho es, el propio tiempo ciencia y arte, las manifestaciones de esta su segunda dimensión incluyen el “*iudicare*”; es decir: el resolver conflictos jurídicos entre opiniones o intereses encontrados⁽⁷⁹⁹⁾. Esta resolución de conflictos, en principio, es función propia y –casi– privativa de los Jueces y Tribunales de Justicia, de conformidad con el art. 117, Const.Esp. [“*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*”], con la potencial relevancia práctica que esto tiene desde la perspectiva del abuso de la personalidad jurídica y el levantamiento del velo⁽⁸⁰⁰⁾, actuando de conformidad con el art. 9º, Const.Esp.; es decir: con pleno sometimiento a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, cuyas fuentes son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho... Por este motivo, calificar a la doctrina del “Levantamiento del Velo” como una “*técnica judicial*” es, en realidad, algo enormemente descriptivo, pero también confusorio y engañoso. Porque una “*técnica judicial*” no es fuente del Derecho, aunque puede que encubra la aplicación de las mismas, haciendo parecer que se hace algo distinto de lo que en realidad se hace: aplicar las fuentes del Derecho, a la satisfacción de una pretensión y a la resolución de un conflicto entre ésta y una “*resistencia*”.

Pero, en segundo lugar, DE ÁNGEL YAGÜEZ indica que la citada técnica consiste en que se prescinde “*de la forma externa de la personalidad jurídica*” y, a partir de ahí, se penetra en la *interioridad* de la misma, y se examinan “*los reales intereses que existen o laten en su interior*”, para –de este

795 VALLET DE GOYTISOLO, J.: “*Metodología jurídica*”, Madrid, 1988, p. 370. JIMENEZ DE PARGA CABRERA, R.: “Algunas cuestiones previas acerca del Concepto y Método del Derecho mercantil actual”, en VV.AA.: “*Libro en homenaje a Ramón Roca Sastre*”, t. III, Madrid, 1977, p. 483.

796 COING, H.: “*Grundzüge der Rechtsphilosophie*”, edit. WALTER DE GRUYTER, 4ª ed., Berlín/N.York, 1985, ps. 321 y 331.

797 Y en cómo su proceso es el inverso del que caracteriza a las Ciencias de la Naturaleza: en lugar de proceder de lo particular a lo general, se procede de unos conceptos jurídicos generales, a solucionar los supuestos concretos, incardinándolos dentro del ámbito de los primeros [BINDER, J.: cit., p. 888 y ss. RAISER, L.: “*Scienza e pratica del Diritto*, en “*Il compito del Diritto privato. Saggi di Diritto privato e di Diritto dell’economía di tre decenni*”, recopil. por C.M.Mazzoni, trad. it., M.Graziadei, Milán, 1990, p. 154].

798 JIMENEZ DE PARGA CABRERA, R.: “Algunas reflexiones sobre el Concepto y método...”, cit., p. 485, quien señala que, para los privatistas, la vertiente del Método que más ha preocupado y que sigue preocupando más, es la de la aplicación del Ordenamiento jurídico.

799 VALLET DE GOYTISOLO, J.: “*Metodología jurídica*”, Madrid, 1988, p. 72.

800 ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “*Abuso de personificación...*”, cit., ps. 139 y ss.

modo— “poner coto a los fraudes y abusos que por medio del “manto protector” de la persona jurídica se pueden cometer”. Dicho de otro modo: el Juez o Tribunal se enfrenta con un conflicto de intereses que se polariza en torno al que existe en mantener la eficacia jurídica de la interposición de un nuevo sujeto de derecho y los intereses que resultarían beneficiados si se hiciera caso omiso de la presencia de esa organización personificada interpuesta. En este sentido, la opción por el primero o los segundos viene determinada por la existencia de “fraudes y abusos”, que se cometen, precisamente, si se respeta el “manto protector” de la personalidad social⁽⁸⁰¹⁾. Se trata, por consiguiente, de un procedimiento por medio del cual los Tribunales de Justicia, desconociendo la forma de “Persona Jurídica”, ponen al descubierto las íntimas relaciones que existen en el ámbito de la Sociedad, analizando si se ha utilizado la personalidad jurídica fuera del ámbito de los fines lícitos permitidos por el Ordenamiento⁽⁸⁰²⁾.

Los problemas que trata de resolver la técnica o la doctrina del Levantamiento del Velo, surgen cuando se han asumido responsabilidades —contractuales o extracontractuales— en nombre de la sociedad personificada, pero el patrimonio de ésta es insuficiente y, si la sociedad es de las de responsabilidad limitada “*lato sensu*”, no se puede recurrir contra ningún deudor solvente⁽⁸⁰³⁾. Si, en estas circunstancias, el acreedor trata de dirigirse contra alguno de los socios, el Tribunal se enfrentará con el dilema de sobre quién habrá de pesar el coste económico de esa insolvencia: si sobre los terceros, como el propio Acreedor-actor, o sobre los socios solventes⁽⁸⁰⁴⁾. Una ciega aplicación del principio de la personificación determinaría que, en todo caso, los acreedores; los terceros, son los que deben, siempre, soportar el coste económico de esa insolvencia⁽⁸⁰⁵⁾. Y, en principio, esta conclusión no tiene por qué merecer un juicio desfavorable: el Ordenamiento —como ya señalé— reconoce y tutela la personalidad jurídica y, en ciertos casos, incluso reconoce que los socios no responden por las deudas sociales, llegando a establecer que ninguna otra obligación de aportación o de contribución a las pérdidas sociales puede serles impuesta, si ellos mismos no la consienten específicamente.

La del Levantamiento del Velo de la personalidad jurídica es una Doctrina de origen anglosajón —más precisamente, norteamericano⁽⁸⁰⁶⁾: su origen remoto se puede rastrear entre los problemas a los que hubo de enfrentarse la Jurisprudencia del “*Common Law*”, representada por los casos *Bank of the United States c. Devereaux*, de 1809, resuelto por MARSHALL J⁽⁸⁰⁷⁾ o, por cuanto se refiere a la Jurisprudencia inglesa, *Solomon c. Solomon*, de la “*House of Lords*” que —confirmando las decisiones de la “*High Court*” y de la “*Court of Appeal*”— declaró que una persona que había prestado dinero, bajo garantía, a una sociedad que controlaba totalmente, tenía derecho a que la suma le fuera devuelta con preferencia a los acreedores comunes; es decir: que planteado el problema que expusivos anteriormente sobre la “Sociedad familiar “A & Hijos”, el Tribunal se atuvo estricta y rigurosamente a la idea de que se trataba de una entidad jurídica independiente. Esta aplicación extrema del principio de reconocimiento de la Personalidad jurídica impedía a los tribunales ver que Mr. Solomon y la Sociedad eran la misma persona⁽⁸⁰⁸⁾.

801 DE ÁNGEL YAGÜEZ,R.: “*La Doctrina del...*”, cit., 4ª ed., p. 44.

802 STS. de 2.04.1990, S. 1ª, en “*La Ley*”, nº 2634, de 7.12.1990, ps. 6 y ss. Nota de EMBID IRUJO,J.M.: “En torno al “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica de una Sociedad Anónima”, en “*La Ley*”, nº 2634, de 7.12.1990, ps. 6 y ss. SÁNCHEZ CALERO,F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22ª ed., p. 238. ALONSO ESPINOSA/SÁNCHEZ RUIZ.: “Lección 1ª.: Teoría General de Sociedades”, cit., p. 41. PRAT y RUBI,J.: “*Intervención de la Persona Jurídica...*”, cit., p. 28.

803 HAMILTON,R.W.: “*The Law of Corporations*”, cit., 4ª ed., p. 82.

804 HAMILTON,R.W.: “*The Law of Corporations*”, cit., 4ª ed., p. 82.

805 HAMILTON,R.W.: “*The Law of Corporations*”, cit., 4ª ed., p. 82.

806 HUERTA TRÓLEZ,P.: “Las tendencias doctrinales...”, cit., p. 38.

807 HURTADO COBLES,J.: “*La Doctrina del Levantamiento...*”, cit., p. 28. La citada sentencia se refería a una cuestión de competencia judicial, habiéndose fallado que para determinar cuál afectaba a una sociedad, se dijo que lo relevante era la de sus socios, como personas individuales. Y, así, haciendo aplicación del art. 3º de la Constitución de los EE.UU. se estableció que cuando la sociedad tuviera socios residentes en distintos Estados, la competencia —aunque la Sociedad tuviese un domicilio único— debía atribuirse a los Tribunales federales.

808 PRAT y RUBI,J.: “*Intervención de la Persona Jurídica...*”, cit., p. 29. HUERTA TRÓLEZ,P.: “Las tendencias doctrinales...”, cit., p. 37

Ahora bien; es frecuente escuchar a la Doctrina y la Jurisprudencia, lamentarse de que es *difícil* hallar un *criterio rector* general y abstracto, susceptible de ser aplicado para el tratamiento unificado de dichos supuestos, dificultad que se transforma, para cierto sector de la doctrina en crítica a su utilización, en tanto en cuanto si no se pueden delimitar adecuadamente sus contornos, si se justifica su aplicación tan solo en evitar resultados injustos, se estaría atribuyendo extraordinario poder a los tribunales para penetrar o no en el sustrato del ente societario, en detrimento del principio de seguridad jurídica. Advierte, en consecuencia, GIRÓN TENA, en el marco de la doctrina española, que “*una de las tareas más importantes de la doctrina y la jurisprudencia es continuar la elaboración de un grupo seguro de reglas sobre esta materia y podía utilizarse la aportación alemana por la semejanza legislativa sobre este punto*”⁽⁸⁰⁹⁾. En este sentido, Doctrina y Jurisprudencia han recurrido a elaborar grupos de casos, en los cuales puede encontrar fundamento el puntual desconocimiento de la personalidad jurídica propia del ente societario, y –así– mediante una labor de sistematización de las aportaciones de la Doctrina alemana, se han configurado los siguientes grupos de casos:

A) Confusión de patrimonio y esferas, que supone que el patrimonio de los socios no puede distinguirse del de la sociedad.

B) Insuficiencia de capital, casos en los que los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social.

C) Dirección externa, cuando la voluntad de la sociedad depende, por lo general, de otra sociedad que participa mayoritariamente de su capital (sociedad dominante).

D) Abuso de la personalidad jurídica⁽⁸¹⁰⁾.

Al tiempo que el análisis de la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, y de las disposiciones legales españolas, permite elaborar los grupos de casos siguientes⁽⁸¹¹⁾:

I) Casos de identidad de personas o esferas, con análisis de la sociedad unipersonal.

II) Casos de control o dirección efectiva externa, con análisis de la problemática de los grupos de sociedades.

III) Casos de infracapitalización, con sus dos variantes: infracapitalización material, cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a efecto el objeto social, ni por la vía de un capital de responsabilidad, ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos, supuesto en el que faltan tanto recursos propios como ajenos, e infracapitalización nominal, cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros para el desarrollo de objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios.

IV) Casos de abuso de la personalidad jurídica en fraude de ley o en incumplimiento de obligaciones.

En el Derecho anglosajón, se reconoce la dificultad de establecer una sistematización racional de los precedentes jurisprudenciales –“*cases*”–, como no sea recurriendo a genéricas referencias a criterios de *política* o *policía* y a una enumeración o elenco de *categorías*; a saber:

C) Recurriendo al criterio de la “*agency*”.

D) Recurriendo al criterio de fraude [“*fraud*”]

E) Recurriendo a la figura de las empresas o sociedades de grupo [“*group enterprises*”]

F) Recurriendo a la figura de la fiducia anglosajona [“*trust*”]

809 GIRÓN TENA, J: “Derecho de Sociedades Anónimas” (1952), págs. 80 y 81.

810 BOLDÓ RODA, C.: “*Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*”, 4ª de., 2006, ps. 268 y ss.

811 BOLDÓ RODA: Op. cit. supra, ps. 272 y ss.

- G) Planteando el problema en términos de ilícito civil [“*tort*”]
- H) Recurriendo al criterio de la intervención de enemigos
- I) Recurriendo a criterios de imposición fiscal [“*tax*”]
- J) Tomando como punto de referencia las disposiciones legales societarias [“*companies legislation*”]
- K) Tomando como punto de referencia otras disposiciones legales ⁽⁸¹²⁾

Preocupado por la situación de desconcierto descrita, Rolf SERICK, entre la Doctrina estadounidense, abogaba por eludir, en lo posible, la técnica anglosajona de recurrir a la equidad, por considerar que semejante criterio impide llegar a conclusiones *seguras* ⁽⁸¹³⁾. En sustitución de semejante criterio, al autor alemán, proponía clasificar en tres grandes categorías los supuestos en los que –a su entender– procedería apreciar un abuso, justificativo del levantamiento del velo: el fraude de ley, el fraude contractual y el daño fraudulento a terceros ⁽⁸¹⁴⁾. Por consiguiente, y en este sentido, el Derecho Judicial norteamericano se sirve, con frecuencia, de determinados indicios o estándares a la hora de determinar la procedencia de la aplicación de la doctrina del *disregard*. El caso es sometido a un test, a los efectos de determinar si concurren las circunstancias precisas para levantar el velo societario ⁽⁸¹⁵⁾: Así, p.e., para determinar el grado de control de una sociedad sobre otra se acude a indicios tales como:

- a) La sociedad dominante posee la totalidad o la mayor parte del capital de la subsidiaria;
- b) La sociedad dominante y la dominada tienen los mismos administradores y gerentes;
- c) La sociedad dominante financia a la subsidiaria;
- d) La sociedad dominante ha suscrito todas las acciones (*capital stock*) de la subsidiaria o de otra forma es la responsable de llevar a efecto su constitución;
- e) La sociedad subsidiaria está fuertemente descapitalizada;
- f) La sociedad dominante paga los salarios y otros gastos o pérdidas de la subsidiaria;
- g) La subsidiaria dedica toda su actividad a la sociedad dominante o no posee otro patrimonio que aquel que le transmite la sociedad dominante;
- h) En los documentos de la sociedad dominante se describe a la subsidiaria como un departamento o división de la sociedad dominante; o se hace alusión a su actividad o responsabilidad financiera como propia de la sociedad dominante;
- i) Los administradores o ejecutivos de la subsidiaria no actúan independientemente en el interés de la subsidiaria, sino que reciben órdenes de la sociedad dominante para actuar en el interés de esta última;
- j) No se observan los requisitos formales de la sociedad subsidiaria;
- k) La sociedad dominante utiliza las propiedades de la subsidiaria como suyas propias [Este elenco de indicios, sobre cuya base cabía apreciar la posibilidad de levantar el velo de la personalidad, apareció en la *Sent. U.S. 10th Circuit Court of Appeal*, recaída el Caso *Fish v. East*, 114 F. 2d.177,191 (10th Circ. 1940); una decisión judicial de los Tribunales federales norteamericanos, en la que se reflejó el criterio de que, para determinar si procedía imponer a varias sociedades la consolidación de sus cuentas, era preciso llevar a cabo un detallado análisis fáctico]

812 FARRAR/FUREY/HANNIGAN.: “*Company Law*”, cit., 3^a ed., p. 74.

813 ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA,L.: “*Abuso de personificación...*”, cit., p. 57.

814 ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA,L.: “*Abuso de personificación...*”, cit., p. 57. Estos criterios se utilizan, asimismo, entre la Doctrina anglosajona, como revela el ejemplo de FARRAR/FUREY/HANNIGAN.: “*Company Law*”, cit., 3^a ed., p. 74.

815 BOLDÓ RODA,M^a.C.: cit supra, p. 146.

También se oye o se lee, de forma recurrente, que esta técnica judicial que es el levantamiento del velo de la personalidad jurídica, debe utilizarse *con exquisito cuidado*, y –por tanto– con un cierto sentido **excepcional**. Quizá por este motivo, se hable –ahora– de una técnica más adecuada para solventar los problemas asociados a los “*excesos*” –no diré abusos– de la personalidad jurídica; a saber: la *interpretación teleológica de las normas jurídicas*, para –atendiendo, precisamente, a la finalidad de las mismas– resolver los conflictos suscitados de abusos de la personalidad. De esta manera quienes propugnan tal teoría se manifiestan como *enfoque alternativo* a la teoría de la interpretación del levantamiento del velo. Y es que, de este modo, el juez ha de decidir, interpretando la finalidad de la norma aplicable en cada caso, si la consecuencia jurídica en cuestión ha de afectar solo a la sociedad o al socio o a ambos a la vez. De este modo, todos los problemas típicos del levantamiento del velo se podrían solventar mediante la interpretación finalista de las normas jurídicas que regulan los entes societarios, *sin necesidad de prescindir de su personalidad jurídica*, cuando *desaparece* el fundamento de la *diversidad subjetiva*; es decir: cuando ya la norma se aplica a un supuesto en el que el interés subyacente ya no se encuentra en los límites de lo *legítimo*, ya sea de forma absoluta y objetiva, o *bien de modo particular y subjetivo*, por concurrir con un *interés ajeno preferente, que haya de prevalecer*.

Desde luego, el sistema parece ideal; parece irreprochable en términos teóricos o dogmáticos, ya que –simultáneamente– ofrece una *perfecta satisfacción* de las existencias impuestas por el *Principio de Justicia*, sin merma del principio de *Seguridad Jurídica*, porque para “*alzar el velo*” no precisa de *excluir* la aplicación de la *ley que reconoce la personificación* sino todo lo contrario: la aplica; sólo que la aplica precisamente dentro, y no más allá, de los *límites intrínsecos* impuesto por el *interés legítimo* protegido por las citadas normas. Así; de acuerdo con esta opinión, iniciada por MULLER-FREIENFELS y desarrollada sobre todo por REHBINDER, la cuestión fundamental es la de decidir si debe aplicarse una norma determinada en un caso concreto a una determinada persona jurídica, en función de su sentido y finalidad y de una correcta configuración legal ⁽⁸¹⁶⁾.

Claro que hay quienes han optado, no sólo por seguir la Doctrina del Levantamiento del Velo, sino incluso –aunque no siempre con éxito– en convertirla, de una técnica jurisprudencial, en una *regla de Derecho positivo* escrito ⁽⁸¹⁷⁾. Pero, por lo que al Ordenamiento jurídico español se refiere, no existe una

816 KÜBLER, F.: “*Derecho de sociedades*”, trad. esp. de la 5ª ed. alemana, edit. FUNDACIÓN CULTURAL DEL NOTARIADO, Madrid, 2001, ps. 513 y ss.

817 En efecto, la ley de Sociedades Comerciales argentina de 1972 (n° 19550), en el párrafo tercero de su art. 54 previene que:

“*La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible quienes responderán solidaria o ilimitadamente por los perjuicios causados*”.

En Uruguay, los arts. 189 y 190 de la Ley 16060 de Sociedades de 1989, establecen –respectivamente– que:

“*Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.*

Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.

Cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción se seguirán los trámites del juicio ordinario”.

Y que:

“*La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada.*

A estos efectos se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad.

En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe.

Lo dispuesto se aplicará, sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos”.

disposición normativa concreta que expresamente haya consagrado la –hasta ahora, “doctrina”– del levantamiento del velo como técnica de penetración en la estructura de la persona jurídica, a diferencia de lo sucedido en Argentina o Uruguay. Ello no significa que no existan determinadas normas jurídicas, como acontece en el Derecho comparado hispanoamericano, cuya finalidad sea la de evitar los abusos de la personalidad jurídica.

III.6.2.– La personificación de las sociedades unipersonales.

Un supuesto interesante por muchos conceptos fue –es– el de las “*egosociedades*”; las sociedades de **socio único**, especialmente, cuando se trata de las llamadas egosociedades “*originarias*”; las que nacieron, directamente, con un socio único y como consecuencia de un acto de voluntad que no puede ser calificado de contrato.

En un principio –y aunque el paso del tiempo había demostrado que, en efecto, “*son numerosas las sociedades unipersonales presentes en la vida económica española*”⁽⁸¹⁸⁾–, sin embargo, de acuerdo con el criterio tradicional, reflejado en sendas RsDGRN. de 13 y de 14.11.1985, semejante figura no sería posible –jurídicamente hablando– porque, como se desprende de los arts. 35 y ss., y 1665 y ss., CC. y 116 y ss., CCo., la pluralidad de socios –“*dos o más personas*”– es una exigencia inherente a la naturaleza de la *sociedad*, de modo que –tanto desde la perspectiva contractual, como sobre todo desde el punto de vista organizativo, de personificación y de responsabilidad– no estaría justificada la existencia de una persona jurídica social, distinta de la persona de su *único* miembro, cuando –precisamente– existiese un

De sumo interés es el Proyecto de Decreto sobre la Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria mexicana, presentada al Senado, en el año 2002, en cuya exposición de motivos se hace referencia como objetivos a lograr: “*a) Mantener el criterio general de estricto respeto a la personalidad jurídica independiente de las personas morales; b) Mantener la regulación vigente respecto a los tipos de responsabilidad de los integrantes de las personas morales de conformidad con la ley que les sea aplicable; c) Establecer como recurso excepcional y subsidiario al régimen de responsabilidades antes mencionado, la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica societaria para extender la responsabilidad civil de la persona moral a sus integrantes, de conformidad con las hipótesis normativas determinadas en la ley propuesta*”.

En Panamá, en el Anteproyecto de 7 de septiembre de 2004 de modificación del art. 806 del Código de Familia y del Menor, se propuso la redacción siguiente, que finalmente no fue aprobada: “*En estos procesos, a petición de parte, el Juzgador podrá ordenar el levantamiento del velo corporativo a aquellas sociedades anónimas que fundadamente se considere que son utilizadas por alguna de las partes en el proceso para ocultar sus bienes o el monto real de su patrimonio*”. La razón de tal precepto se explicaba en la exposición de motivos de la forma siguiente: “*... lamentablemente, la utilización del régimen de sociedades anónimas es común por parte de padres irresponsables que pretenden ignorar sus deberes para con sus hijos e hijas*”.

Como otro intento frustrado de regulación normativa del instituto podemos citar el anteproyecto de Ley de Sociedades Mercantiles de Venezuela de 1989, en cuyo artículo 255 se señalaba que: “*Las sociedades que integran una concentración de sociedades conservan sus propias personerías, sin perjuicio de las disposiciones del presente capítulo. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar los derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados*”.

También como intento sin éxito podemos citar la pretendida reforma del art. 78 del CC de Perú en 1984, en el que se proponía el texto siguiente: “*El juez, en caso de uso indebido de la persona jurídica o de fraude de ley, puede responsabilizar directamente a los miembros, directores y administradores de la persona jurídica, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar*”, dicha redacción no llegó a ser aprobada, pero sí se reflejó en el texto de la Exposición de Motivos, cuando reza refiriéndose a la misma que: “*como lo demuestra abundante jurisprudencia comparada y lo admite la doctrina más reciente, no cabe respetar la forma en ciertos casos y es necesario descorrer el velo de la persona jurídica para evitar se haga mal uso de ella*”.

818 JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A.: “Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada (arts. 125 a 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, en VV.AA.: “Comentario al régimen legal de las Sociedades mercantiles”, dir. por R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia, t. VI, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1998, p. 20. MARTÍ SÁNCHEZ, J.N.: “El Individuo Sociedad (Reflexiones sobre las Sociedades Unipersonales)”, en VV.AA.: “Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero”, t. IV, edit. McGRAW-HILL, Madrid, 2002, p. 3837.

socio único ⁽⁸¹⁹⁾. Además, el art. 1911, CC., igual que otros preceptos de análogo contenido, existentes en la legislación extranjera, *impediría* el reconocimiento extralegal de *patrimonios separados* y la limitación de responsabilidad de la persona individual ⁽⁸²⁰⁾.

Así pues; casi por tradición, se venía manteniendo que la sociedad unipersonal no sería una verdadera “*sociedad*”, pues la esencia de la Sociedad requería una pluralidad de sustrato personal, una diferenciación de patrimonios, un órgano soberano de expresión de la voluntad general que era la Junta de socios, lo que difícilmente se conciliaba con tal clase de sociedad. Es más; de hecho, se venía considerando que la unipersonalidad sobrevenida constituiría una causa de disolución de las sociedades, por razón de imposibilidad de consecución del fin social.

Hubo —empero— quien manifestó —con un claro carácter precursor— una actitud abierta. Así, LANGLE sostenía que “*ni en el orden doctrinal, ni en el práctico, ni en el legal, hay motivos concluyentes para negar viabilidad a la situación jurídica —que puede ser transitoria— de la ‘sociedad con un sólo socio’*” ⁽⁸²¹⁾. Y, de hecho, la realidad vital de la PYME., para las que la sociedad unipersonal puede ser un valioso instrumento, motivaba —desde hacía, ya, bastantes años— que se viniera defendiendo la *necesidad de admitir la posibilidad jurídica*, y la licitud, del fenómeno de las *sociedades compuestas por un socio único*; admisión —se ha dicho— que solamente podría llegar a tener lugar, partiendo de la base de la *admisión* de que la Sociedad puede *nacer y existir sin sustentarse sobre la base de un contrato*, cuya presencia quedaría sustituida por la del acto de voluntad de un sólo individuo ⁽⁸²²⁾. El Derecho comparado también mostraba ejemplos claros de esa actitud abierta, favorable a la admisión de sociedades unipersonales: en Inglaterra y EE.UU. se viene admitiendo —tradicionalmente— la “*one-man corporation or company*” ⁽⁸²³⁾. Así se aprecia —p.e.— en la *Sent.U.S. 1st Circ. Court of Appeals*, de 08.06.2006, en el Caso *Steven P. Amato, D.C. c. U.S.* ⁽⁸²⁴⁾, en la que no solamente se admite la posibilidad de las sociedades unipersonales, sino que se reconoce la plena **independencia subjetiva**; la diversidad de identidad de la Sociedad y el Socio único, incluso aunque este sea —también— administrador único.

Ahora bien; el camino recorrido no fue sencillo, ni tampoco recto, sino lleno de curvas y con un curso a veces de sentido inverso. No obstante el escenario anteriormente descrito se vió afectado por

819 Ref. en CARBAJO CASCÓN,F.: “*La Sociedad de Capital Unipersonal*”, cit., ps. 102 y ss. Igualmente, YTURRIAGA ALCOCER,R.: “Sociedad Unipersonal, grupo de sociedades y doctrina del Levantamiento del Velo”, en BICAM., 2002., nº 22, septiembre, 3ª Época, p. 11. Vid. también: MARTÍNEZ VAL,J.Mª.: “*Derecho Mercantil*”, cit., p. 101, aunque en relación con la etapa anterior a las Grandes Reformas de nuestro Derecho de Sociedades de capitales, experimentadas a partir de 1989. Por aquel entonces, el Autor decía que el problema de las sociedades de un solo socio, en España, era “*más bien doctrinal que legal*”, pues nuestro Derecho positivo —representado por los arts. 116, CCo. y 10, LSA./1951— exigía la plurisubjetividad.

820 MARTÍ SÁNCHEZ,J.N.: “El Individuo Sociedad...”, cit., p. 3840. GUYON,Y.: “*Les sociétés...*”, en GHESTIN y otros.: cit., p. 12. Respecto del Derecho colombiano [art. 2488, CC.col.], vid. MADRIÑÁN DE LA TORRE,R.E.: “La Empresa Unipersonal en el Derecho colombiano. Patrimonio de afectación o Sociedad Unipersonal”, en VV.AA.: “*Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*”, t. IV, edit. McGRAW-HILL, Madrid, 2002, p. 3816.

821 LANGLE RUBIO,E.: “*Manual...*”, cit., t. Iº, p. 403.

822 DE LA CÁMARA ÁLVAREZ,M.: “El Contrato de Sociedad. ¿Crisis...?”, cit., p. 429.FERRI/ANGELICI/FERRI.: cit., 10ª ed.,p. 319, quienes señalan que «*en el plano concreto de las elecciones realizadas en los distintos ordenamientos positivos, se puede apreciar cómo el fenómeno de la Sociedad Unipersonal se conoce, desde tiempo atrás, en los principales ordenamientos jurídicos, desde el inglés al norteamericano, desde el suizo al alemán*». RIPERT/ROBLOT/GERMAIN/VOGEL.: «*Traité...*», cit., t. I, 17ª ed., p. 789. GUYON,Y.: «*Les Sociétés...*», en GHESTIN y otros., cit., p. 12. FLORES/MESTRE.: cit., p. 15, quienes señalan que, desde 1977, un grupo de trabajo, dirigido por el Prof. Claude CHAMPAUD, había estado analizando la posibilidad de introducir en el Derecho francés, la figura del “*Empresario unipersonal de Responsabilidad limitada*”. Por su parte, en Alemania, señala RITTNER,F.: § 2, en ROWEDDER/FUHRMANN/RITTNER/KOPPENSTEINER/WIEDEMANN/RASNER/ ZIMMERMANN.: “*GmbHG.*”, cit., p. 105, que la Ley alemana de 1980 ha admitido la posibilidad de crear una GmbH./SRL. de un sólo socio, mediante negocio jurídico unilateral.

823 LANGLE RUBIO,E.: “*Manual...*”, cit., t. Iº, p. 403.

824 *Sent.U.S. 1st Circ. Court of Appeals*, de 08.06.2006, en el Caso *Steven P. Amato, D.C. c. U.S.*, nº 05-2193, en <http://www.ca1.uscourts.gov/cgi-bin/getopn.pl?OPINION=05-2193.01A>

la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico la Directiva 89/667/CEE de 21 de diciembre, que incorpora la sociedad de capital unipersonal, como consecuencia de un movimiento legislativo europeo proclive a dicha forma societaria tanto sobrevenida como originaria. La transposición de dicha Directiva se llevó a efecto por Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que reguló la materia, en su capítulo XI, admitiendo en el art. 125 LSRL sus dos formas constitutivas originaria y sobrevenida ⁽⁸²⁵⁾. Por su parte, dicha ley dio igualmente redacción al art. 311 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que norma: “*Será de aplicación a la sociedad anónima unipersonal lo dispuesto en el cap. XI Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*”.

No es ahora el momento ni el lugar para desarrollar, como es natural, la regulación y problemática de estas personas jurídicas, pero sí de formular algunas consideraciones: en primer lugar, la que toca a la **corrección técnica** del propio instrumento de la “**sociedad**” unipersonal. Ya que la finalidad que se persigue con esta figura; a saber: la segregación de dos patrimonios –un patrimonio *civil* y un patrimonio *empresarial*– como siempre anhelaron los empresarios y comerciantes individuales, técnicamente podría lograrse de **dos maneras distintas**: bien directamente, *separando dos esferas patrimoniales, respecto de una misma persona* [física], a la que se atribuirían ambas, pero *sometiéndolas a regímenes jurídicos diferentes* e imputando sobre cada una de ellas diferentes derechos y, sobre todo, *distintas obligaciones*, si el propio Ordenamiento jurídico así lo autorizase, cual sucede en algunos países. O bien –de modo indirecto– merced a la técnica de la constitución de sociedades con personalidad jurídica. Pues bien: p.e., el Derecho **peruano** ha optado por la primera de ambas vías: la *Ley peruana* de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, n° 21621, de 15.09.1976, cuyo dice que:

“*La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa, al amparo del Decreto Ley n° 21435*”.

Seguidamente, el art. 2º, LE.Ind.RL. habla del “*patrimonio de la empresa*”, diciendo de él que:

“*... está constituido inicialmente por los bienes que aporta quien la constituye. El valor asignado a este patrimonio inicial constituye el capital de la Empresa*”.

Por consiguiente, el Derecho Peruano proporciona otra vía –formalmente– diferente, para lograr la separación de patrimonios. La vía pretende apartarse del ámbito societario; pretende configurarse como algo que nada tiene que ver con las sociedades; de hecho, todo lo contrario: es su opuesto.

Sin embargo, España –y la Europa Comunitaria– han optado por la técnicas de las “**sociedades**” unipersonales, lo cual podría parecer, en términos dogmáticos, un error; un defecto del Derecho español –y europeo– de sociedades, que habría quedado, técnicamente, por debajo del Derecho peruano. Y, sin embargo, esta sería una conclusión tal vez equivocada, ya que la configuración de la Sociedad Unipersonal como tal “*sociedad*”, **permite la recomposición de la pluralidad de socios, sin tener que llevar a cabo un complejo –y costoso– proceso de refundación: simplemente, transfiriendo el socio único, a otra persona, alguna participación.**

Mas no cabe duda de que la Sociedad Unipersonal supone una clara anomalía, al tiempo, en el sistema del Derecho de sociedades y en el sistema del Derecho de Personas, ya que –en términos reales– conduce a una **quiebra material –aunque no formal– del principio de responsabilidad patrimonial universal, de los empresarios**; razón por la cual es preciso ofrecer algunas garantías

825 “*Se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada: a) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica. b) La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal*”.

legales, normativamente previstas. para **evitar posibles abusos**. En efecto, la unipersonalidad sobrevenida se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, expresándose necesariamente la identidad del socio único, y en tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria (art. 126). El socio único que ejercerá las competencias de la Junta General deberá plasmar los acuerdos en acta (127). Los contratos entre la sociedad y el socio único habrán de constar por escrito, se transcribirán en un libro-registro debidamente legalizado y se hará referencia a los mismos en la memoria anual, bajo la sanción de su inoponibilidad a la masa en caso de concurso del socio único o de la sociedad, y en el plazo de dos años el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos (art. 128). Por último, transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad (art. 129).

Por otra parte, los créditos del socio único frente a la sociedad serían susceptibles de ser calificados en el concurso por la vía del art. 92.5 LC como créditos subordinados, reputándose como tales “los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el número 1º del art. 91 (salariales) cuando el concursado sea persona natural”, señalando, por su parte, el art. 93.2 que se consideraran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: “1º Los socios que . . . en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10% si no los tuviera”.

Por otra parte, tampoco podrá ser administrador concursal, conforme al art. 28.3 LC, que señala no podrán ser designados como tales las personas especialmente relacionadas con el deudor. Regirá, por otra parte, la presunción de perjuicio patrimonial para el ejercicio de la acción rescisoria concursal del art. 71.3, que comprende, como presunción de perjuicio patrimonial, “los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionados con el concursado”.

Asimismo supone la extinción de las garantías de cualquier clase (con especial importancia las garantías reales) en tanto que “*persona especialmente relacionada*” con la sociedad concursada, mediante auto dictado vencido el plazo de impugnación del informe de los auditores, si tales acreedores no impugnaran en tiempo y forma tal calificación (art. 97,2 LC). Hay que entender, lógicamente, que dicha extinción también tendrá lugar cuando lo impugnen y se desestime la impugnación. En la fase de convenio carecerá de derecho de voto (art. 122.1 LC), y en la fase de liquidación el pago a los titulares de créditos subordinados no se hace hasta que estén satisfechos los créditos privilegiados y ordinarios (art. 158,1 LC).

Por otra parte si el socio unipersonal fuera además administrador se le aplicarán las normas que regulan su responsabilidad. Todo ello también, sin perjuicio, de que se vea sometido a la sección de calificación del concurso (arts. 167 y ss. LC), dentro de la cual, en su caso, se le podrá exigir responsabilidad patrimonial, ya como administrador de hecho o de derecho o como cómplice.

III.6.3.– *Problemática de los límites de la personificación jurídica, en el marco de relaciones de grupo.*

En cuanto a la problemática de los grupos de sociedades, cabe comenzar señalando que, entre la Doctrina mercantilista y societarista –si se me permite la expresión– es frecuente que se oiga hablar de un denominado Derecho “*de grupos*” [de sociedades] –en Alemán, “*Konzernrecht*”–, que, como han manifestado prestigiosos autores –principalmente, alemanes– sería el Derecho que regula, o –si se

quiere— el sector de la Ciencia jurídica que se ocupa de la *vinculación entre empresas*, en sentido *amplio*; el sector del Ordenamiento que se refiere a las *relaciones jurídicas* existentes *entre diversas entidades* personificadas, que se dedican a la actividad empresarial; o, por decirlo de otra forma, que se refiere a los vínculos o relaciones jurídicas existentes entre diversas “*empresas*” —problema terminológico del que trataré más adelante— de las que se dice que se han “**concentrado**” o que se encuentran “*agrupadas*”, las unas con las otras. En principio, el objeto de este sector normativo y científico estaría constituido, más precisamente, por las cuestiones **jurídico-societarias** que resultan del hecho de la **unión o agrupación** —“*Verbindung*”— de **varias empresas**, formalmente independientes, **en una nueva unidad económica** ⁽⁸²⁶⁾, aunque la problemática de las uniones o agrupaciones de empresas y de la concentración empresarial, posee un *contenido mucho más rico y complejo*, que presenta múltiples y estrechos puntos de conexión con otros sectores de la ciencia jurídica, extravagantes del plano de lo meramente societario, y que hacen extremadamente difícil “*envolver jurídicamente*” relaciones tan complejas ⁽⁸²⁷⁾.

La definición legal del grupo de sociedades al que remiten otras disposiciones normativas la encontramos en el art. 42, CCo. En esta disposición normativa se sustituye el concepto de centro de decisión por el del centro del control ⁽⁸²⁸⁾.

Las *ventajas* de la concentración empresarial pueden agruparse en cuatro bloques; a saber: En primer lugar, ventajas *técnicas*, polarizadas en torno a la mayor especialización de la maquinaria y la mano de obra, así como de una mejor coordinación del proceso productivo. En segundo lugar, ventajas *financieras*: las grandes empresas, resultantes de procesos de concentración suelen tener un *más fácil acceso* a las fuentes de *financiación*, ya que —p.e.— pueden acceder mejor al mercado de capitales. En tercer lugar, ventajas *comerciales*: acceso a *mercados más amplios* y mejor *conocimiento de los mismos*, lo que permite economizar en gastos de publicidad, distribución y venta. En cuarto y último, ventajas *estratégicas*: la posibilidad de controlar el mercado, de *estabilizar los precios*, de *restringir la producción y aumentar los beneficios* ⁽⁸²⁹⁾. Ahora bien; como *inconvenientes*, cabe señalar los potenciales daños a la libre competencia, que constituyen la “*patología concurrencial*” del fenómeno concentracionista: posibilidad de *monopolización*; de adquisición de una posición de dominio sobre el mercado, gérmen

826 EMMERICH,V. y SONNENSCHNEIDER,J.: “*Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH, Personengesellschaften und Genossenschaft. Ein Studienbuch*”, edit. C.H.BECK’SCHER VERLAGSBUCHHANDLUNG, 4ª ed completamente actualizada, Munich, 1992, p. 3. WÜRDINGER,H.: Preliminar al Libro III, en VV.AA.: “*Aktiengesetz. Grosskommentar*”, inicialmente escrito en colaboración por W.Gadow, E.Heinichen y otros, t. IV, edit. WALTER DE GRUYTER, Berlín/N.York, 1973, ps. 1 y ss. GROSSFELD,B.: “*Internationales Unternehmensrecht. Das Organisationsrecht transnationaler Unternehmen*”, edit. C.F.MÜLLER JURISTISCHER VERLAG, Heidelberg, 1986, p. 71. CAMPS RUIZ,L.M.: “*La problemática laboral de los Grupos de sociedades*”, edit. CENTRO DE PUBLICACIONES DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, Madrid, 1986, p. 11.

827 ORTIZ VAAMONDE,S.: “Grupos de sociedades: problemática general y regulación en el Derecho comparado”, en AC., 1996, nº 2, del 8 al 14 de enero, p. 25.

828 Dicha disposición parcialmente transcrita norma: según el cual:

“ Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

829 MIRANDA SERRANO,L.Mª.: “*Las concentraciones...*”, cit., p. 32.

de futuros comportamientos abusivos, disminución del número de operadores económicos, con una correlativa reducción de la eficacia económica del juego del mercado ⁽⁸³⁰⁾. Pues bien; partiendo de esta base, el art. 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, regula los fenómenos de **concentración económica**, abarcando –entre otros casos– los de adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas; supuesto típico de grupo de sociedades, o –siquiera– muy próximo a él.

Por otra parte, a los inconvenientes –digamos– macroeconómicos o estructurales, que se acaban de mencionar, hay que añadir *otros*, más propios del ámbito societario: la posibilidad de *lesiones al interés de los socios minoritarios y externos* y –sobre todo, por lo que aquí interesa– los riesgos de *abuso de la personalidad jurídica*, etc... con riesgo para los intereses de los acreedores sociales de las entidades agrupadas; para los intereses de la Hacienda pública, etc. Así, p.e., el art. 87.1 LSA considera, a los efectos de dicha sección, relativa a los negocios sobre las propias acciones, como sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación. En particular, se presumirá que una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se encuentre con relación a ésta en alguno de los supuestos previstos en el núm. 1 del art. 42 del Código de Comercio o, cuando menos, la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta.

Por su parte el art. 10 de la LSRL señala que la sociedad de responsabilidad limitada podrá conceder a otra sociedad perteneciente al mismo grupo créditos o préstamos, garantías y asistencia financiera, pero, salvo acuerdo de la Junta General para cada caso concreto no podrá realizar los actos anteriores a favor de sus propios socios y administradores, ni anticiparles fondos.

La pertenencia a un grupo societario, de una sociedad *concurzada*, presenta aspectos sustantivos derivados principalmente de la consideración de las sociedades integrantes del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios como “*personas especialmente relacionadas*” con el deudor [art. 93,2,3º, LConc.], con lo que les resulta de aplicación el mismo régimen previsto para el socio único.

También sería de aplicación la Ley Concursal en los casos de infracapitalización nominal, es decir cuando la sociedad es financiada con préstamos concedidos por los propios socios, en los supuestos de insolvencia y declaración de concurso con la consideración de tales créditos como subordinados y con las consecuencias jurídicas a las que antes hicimos referencia (arts. 92.5, 93.2.1, LConc.), en no pocas ocasiones tales créditos realmente lo que vienen a consistir es en remedios sustitutivos al incremento del capital social. Por otra parte, el administrador respondería por la vía del art. 262 de la LSA y 105 de la LSRL. Los administradores conforme al art. 48.2 de la LC, sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.

Por último, hacer simple referencia al Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que regula los acuerdos de refinanciación en los que no vamos a entrar.

830 MIRANDA SERRANO, L.Mª.: “*Las concentraciones...*”, cit., p. 32.

“SUBJETIVIDAD Y OBJETIVIDAD EN LA PERSONA JURÍDICA DESDE LOS IMAGINARIOS CULTURALES HASTA LA CAPACIDAD JURÍDICA”

Ángel Sánchez de la Torre

Académico de Número

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Subjetividad y Objetividad en la Persona: desde los imaginarios culturales hasta la Capacidad Jurídica

1. El tema planteado

Uno de los problemas que más han incitado el ánimo de los investigadores de todos los tiempos es el constituido por las conexiones reales entre el orden exterior de la conducta humana y el asentimiento interno a las escalas de valores que rigen el conjunto de esa misma conducta. Este problema se reproduce, al observar temas jurídicos, cuando hay divergencias metódicas al estudiar la realidad personal desde ángulos “subjetivistas” (digamos idealistas y utópicos) o desde ángulos “objetivistas” (sean político-económicos, legalistas, sociológicos en general).

El documento presente trata de establecer un puente que evidencie que tales confrontaciones pueden ser superadas mediante la afirmación de dos pilares situados en cada orilla: la estructura de la Persona (donde concurren elementos de subjetividad y de objetividad conjuntamente), y la estructura del Derecho (donde la libertad jurídica así como la responsabilidad consiguiente están firmemente aunados para establecer la índole del ordenamiento jurídico dondequiera que sea considerado).

Sólo comprendemos la estructura de la realidad si comprendemos las teorías que la explican. Pero estas teorías tienen que avanzar cada día hacia posiciones más complejas según le salen al paso nuevos puntos que han de ser incluidos también en sus correspondientes perspectivas. Entonces tienen que tener en cuenta no sólo detalles que ofrecen nueva relevancia, sino las conexiones de los mismos con el resto del conjunto. Y entonces no resultan ya aspectos abstractos (forzosamente unitarios) sino la complejidad concreta (forzosamente global); no sólo uniformidades características sino reglas evolutivas que abarcan fenómenos acostumbrados y también otros que pudieran haber parecido desviados respecto a las reglas anteriores de referencia.

Mas en esta adaptación se hace preciso adoptar posiciones más claras respecto a los criterios más básicos y simples de clasificación de fenómenos, para evitar la confusión que nuevas aplicaciones nominales y nuevas singularidades culturales introducen en el panorama de la cultura ambiente. Nos jugamos en el campo jurídico situaciones como las siguientes: ¿puede fundarse en la irresponsable conducta sexual de la joven un “derecho a decidir” sobre la vida del engendrado no nacido?; ¿puede darse un “derecho de huelga” sin reparar en daños, cuando el orden jurídico reclama ante todo sustituir por procedimientos civilizados –digamos ley o contrato– técnicas de acción directa o de venganza privada, cualquiera que sea la situación en que se hayan de poner de acuerdo intereses confrontados pero que no dejan de ser interdependientes? Hay conductas que repugnan con la mera noción de “Derecho”. Ni una mención constitucional ni una mayoría parlamentaria pueden dar tal nombre a lo que no puede ser tal realidad.

De ahí la necesidad científica de aclarar cuál es el criterio jurídico que deba regular todas las relaciones que en el contexto cultural global impliquen conflictos potenciales entre las libertades de personas o de grupos, entre intereses y valores que no por pertenecer primordialmente a unos u otros dejan de afectar y condicionar la libertad de todos. Ese criterio último del Derecho es la distinción entre “lo lícito” y “lo ilícito” Tuve el gusto de poder demostrarlo, suficientemente en mi opinión, en los términos que aparecen publicados sobre el tema en un volumen del Seminario de Teoría del Derecho de la RAJL de Madrid (2005) y anteriormente en el libro *Crisis y re-creación del Derecho* (2001).

Efectivamente las modalidades por las cuales puede definirse qué tipo de actos son jurídicamente ilícitos (por falta de capacidad en el agente, por producir daños, por estar prohibidos en leyes vigentes en diversas valoraciones culturales, por no estar suficientemente verificados) no sólo definen, por omisión, los caracteres del acto jurídicamente lícito, sino que también permiten analizar caracteres anómalos del mismo: de tal modo que los actos cuyas consecuencias hayan de ser garantizadas y aseguradas por el ordenamiento jurídico a favor del sujeto que los haya realizado sólo podrán ser los plenamente lícitos, una vez que hayan salvado cualquier modalidad de ilicitud.

Esto es un ejemplo de cómo las teorías más adecuadas para entender la realidad (y la realidad jurídica es de las más difíciles de captar, porque no basta con saber normas y experiencias, sino que además hay que saber entenderlas en su autenticidad) se integran de tal manera unas con otras que sólo pueden ser entendidas conjuntamente. Así una “relación jurídica” en determinado sector o situación ha de corresponderse exactamente, elemento a elemento, con una norma jurídica que los regule y considere punto por punto, de tal modo que sea la misma e idéntica realidad jurídica la que aparezca plenamente en ambos niveles: *tamquam in regulato*, *tamquam in regulante*, y aparezca siendo la misma como en un espejo, donde cada detalle de la relación jurídica se vea correspondido exactamente por cada detalle de la norma jurídica.

Análogamente sucede lo mismo con los datos de “subjetividad” y de “objetividad” en la estructura de la Persona (no aún de la persona jurídica propiamente dicha, sino de la persona entendida como realidad global).

En este camino, tenemos que el objetivo de una ciencia no es encontrar una teoría que sea definitiva o que así lo pretenda, sino encontrar, para entender un sector de realidad, la mejor teoría de que podamos disponer al mejorar las explicaciones ofrecidas por otras, en un triple sentido: precisión terminológica, confrontación aclaratoria por aproximación o correspondencia (*adaequatio mentis, nominis ac rei*), y distinción de aspectos diversos que configuran la complejidad real. Pues lo buscado requiere enunciados cuya generalidad pueda ser aplicada a cada punto concretamente situado dentro de la realidad actualmente existente.

Para ello es preciso interpretar los elementos de la realidad en sí mismos, de tal modo que puedan ser entendidos desde la teoría pertinente, capaz de conectar sus interferencias externas y sus correlaciones internas, y dando nombre exacto al conjunto.

Hay modelos teóricos establecidos a tal efecto, que constituyen realidades virtuales, donde se puede incluir junto a la entidad propia de un objeto sus funciones, sus operadores, sus entornos específicos, hasta conseguir que todo el conjunto tenga sentido para quien pretende conocer tal realidad no sólo en su virtualidad sino en su práctica. Pues los modelos teóricos son solamente ensayos para entender la realidad que pueda ser captada desde su comparación con ellos.

En cuanto a la realidad de la Persona, una perspectiva objetivista no sólo incluye correlaciones internas y externas (estructuras y funciones) que forman parte de su entidad, sino también verdades lógicamente necesarias para entender aquéllas, de las cuales una perspectiva meramente subjetivista pretendería ser dueña exclusiva, mientras que el subjetivismo metódico prescindiría de factores provenientes del ámbito espacial y de la secuencia temporal en que ciertos elementos esenciales de la persona participan.

Por ello pretendemos situar la teoría de la Persona dentro de un sistema complejo, subjetivo-objetivo, donde su concepto aparezca a su vez como paradigma integrado en una concreta concepción del mundo (espacio temporal) donde los imaginarios antropológicos desarrollados en las más importantes culturas humanas sean tenidos en alguna cuenta, a los efectos también de derivar de ellos la noción de “sujeto jurídico” y el mundo de valores regulativos y pragmáticos que de hecho la acompañan.

Los nombres de las cosas o de las entidades culturales admiten diferencias al ser proyectados desde nociones subjetivas o desde nociones objetivas, de la misma manera que los verbos que significan acciones pueden ser transitivos o intransitivos. Por ello cada nombre que puede recibir una realidad (Derecho, Ordenamiento jurídico, Justicia social, Tutela judicial, Seguridad jurídica, etc. en cuanto que se refieren de algún modo a lo mismo) destaca algún aspecto por encima de otros. De este modo, en cuanto a “lo subjetivo”, hay conexiones entre la percepción actual y las actitudes condicionantes o los propósitos buscados. Y en cuanto a la lógica de las percepciones “objetivas”, variará conforme se empleen preferencias lingüísticas usadas para expresarlas (ver, oír, gustar, razonar, etc.), donde prevalecerían respectivamente criterios de evidencia, de opinión, de ideología, de dialéctica por ejemplo.

Véase el modo en que un autor renacentista (Melchor Cano) se refiere a una misma realidad, el ser humano, para indicar de un lado su aspecto ontológico y de otro su aspecto sociológico, en expresiones tendentes a fijar aspectos distintos de aquella misma realidad. Ontológicamente *homo... vivendi sibi causa est, y causa sibi est*. Y por otro lado, el socio-ético-político: *homines hominibus credant necesse est, nisi vita pecudum more degenda sit*. Y apunta hacia el horizonte jurídico de la realidad humana al distinguir entre dos posibles objetos de libre disposición, uno lícito, otro ilícito: *Homo dominus est honorum..., non autem vitae corporalis*. Maneja en el primer texto la lógica metafísica de causa/efecto, en el segundo la lógica comparativa de humano/inhumano, en el tercero la lógica jurídica de lícito/ilícito, refiriéndose a una misma entidad: la persona humana.

Pero hemos de atenernos ahora a investigaciones propias de una teoría jurídica, y dirigirnos hacia los lenguajes donde ha adquirido cuerpo la terminología actual sobre la justicia y sobre el derecho. La noción de “justicia” integra certidumbres y convicciones procedentes de esa conjunción de “elementos de persuasión” adecuados para acreditar la justicia como principio científicamente admitido para vertebrar el ordenamiento jurídico. Empezando por el criterio jurídico postulado, la noción lícito/ilícito, podemos objetar que tal noción está sometida a una doble ambigüedad: o convertirla en cuestión moral, o asignarla a decisiones de los poderes políticos o fácticos que instrumentan cualquiera de las modalidades en que se decantan normas jurídicas válidas y eficaces. Por ello hay que buscar lo procedente de que se entienda su significación propia y autárquica (tal como he intentado en texto editado en *Anales R.A.J.L.*, 33, 2003, 499 ss.). Algo hay que hacer para no incurrir en explicaciones rutinarias, en superficiales interpretaciones de textos-“basura”, mientras que las exigencias de la vida social y la incesante renovación de las culturas y civilizaciones mundiales se quedan desamparadas e incomprendidas, y el Derecho yace en el abismo caótico de su desintegración interna.

No basta recurrir al “cumplimiento de la ley” e incluso a la “constitucionalidad” de una situación o de una regulación, para cubrir los vacíos de una conciencia jurídica usual. Las razones provenientes de una teoría del Derecho tienen una zona de cobertura pragmática más amplia que esta que las previsiones normativas pudieran abarcar, y debe valorar además la adecuación a su propia índole jurídica y a sus razones valorativas de aquellas mismas previsiones por suficientes que pudieran parecer. Cuando se pretende entender sobre esta materia sus elementos subjetivos tanto como objetivos, hallamos varias modalidades de racionalidad jurídica, de las que precisamos al menos las siguientes:

-Una lógica jurídica válida dentro de instituciones o sectores normativos determinados;

-Una lógica semántica o semiótica compatible con el desarrollo de la significación de las normas que regulan instituciones jurídicas;

-Una semiótica discursiva, que incorpore las operaciones de normas auxiliares convencionales pero sistemática y pragmáticamente necesarias para entender la eficacia y alcance de las directamente reguladoras;

-Asociaciones de categorías oposicionales binarias, que contribuyan a establecer juicios intuitivos que, son en última instancia, los definidores científicamente buscados. Hay que discernir entre el *ars iusti et aequi* y la *prohibitio iniusti et inaequi*, y tras todas las consideraciones pertinentes alcanzar la *iusti et iniusti scientia*, o sea, distinguir lo lícito de lo ilícito.

Pero los mecanismos jurídicos se dan dentro de la mente humana, y esta mente humana tiene su asiento y recibe su estructura inteligente de la realidad personal donde anida y se expande orgánicamente. La justicia que Dante imaginaba como *hominis ad hominem proportio* no será inteligible sin haber percibido la dimensión constituyente, operativa, valorativa y pragmática que consideramos en el *homo* bajo el nombre *persona*.

2. Lo que hay de “subjetividad” en la Persona: ¿qué hay en el ser humano de razón y de virtud?

A través de las propiedades del lenguaje puede abrirse camino para entender la naturaleza de la mente, y a través de este conocimiento puede alcanzarse alguna comprensión de la naturaleza humana, así como ulteriormente criterios sobre la bondad o maldad intrínseca de ciertas conductas humanas como clave cognitiva de la índole de la realidad socio-cultural en cuanto contiene funciones necesarias de la existencia humana.

No basta para ello el modelo del pensamiento yusnaturalista tal como suele alegarse –sin previa y exhaustiva adaptación a cada factor constituyente de realidad humana y social– en términos apodícticos. Recordemos que en la doctrina yusnaturalista de santo Tomás se aluden ciertas insuficiencias que no permiten contrastar el Derecho Natural con el Derecho positivo con total exactitud: así a veces no se identifica suficientemente un criterio normativo Positivo en sus conexiones con el Derecho natural, hay doctrinas yusnaturalistas que no permiten entenderlo satisfactoriamente a este fin, hay teorías yusnaturalistas que no buscan analogías estructurales entre principios de Derecho natural y Normas positivas, o que desatienden aspectos en que el Derecho natural constituye razones legitimadoras del Poder público, o que no llegan a analizar situaciones sociales donde hay factores de los que surgen desigualdades para la libertad inter-subjetiva, o que no estiman aspectos de la realidad social sometidos a valoraciones culturales que determinan la existencia de sectores normativos desarrollados en forma de Derecho positivo, etc.

La definición y aplicación al orden jurídico de principios y criterios justos contenidos en ese admirable depósito de sabiduría ancestral denominado “Derecho natural” no es un cuerpo doctrinal que se pueda sostenerse sobre sí mismo, ni sobre postulados tales como la voluntad e inteligencia divinas, o sobre las esencias finalistas de la realidad humana, o sobre la expansión biológica de una concepción estricta de la justicia. Tratándose de un diseño ideal acerca de la justicia entre los humanos y de

la paz en el mundo, el Derecho natural no está exento de someterse a las condiciones previas para que pueda examinarse en qué consiste cualquier tipo de virtud. Como recientemente propone Sandrina Berges (*Plato on Virtue and the Law*, 2009), antes de estudiar una virtud cualquiera hay que: saber de que se trata; saber buscar opciones conformes a lo que pudiera alcanzarse de mejor; saber asumir la opción preferible con una actitud decidida y firme; saber dirigir esa virtud hacia la consecución de alguna clase de bienes; saber que todas las virtudes se apoyan recíprocamente y constituyen una estructura unitaria. De tal modo que no habría contradicción a este respecto en que Aristóteles insistiera en definir objetivamente las diferencias y los caracteres de cada virtud y sus deficiencias u opuestos, y que Platón insistiera en la unidad de las virtudes dentro del espíritu humano entendiendo al hombre sabio y al hombre justo como personalización de la totalidad de las virtudes (aunque Berges no menciona la genialidad del *panáristos* de Hesíodo: el hombre dispuesto no sólo a captar por sí la verdad de las normas de coexistencia justa, sino también a persuadir a otros de tal verdad).

Dentro de estos supuestos, la subjetividad personal es una dimensión que plantea el problema de que los humanos puedan desarrollar acciones que consideramos “libres”, las cuales no son aleatorias ni casuales, sino predisuestas en datos como los siguientes: quién, cómo, para qué, con quién, etc. una conducta es realizada. Entender esta libertad humana como *causa sibi vivendi* –diría Melchor Cano– requiere considerar la complejidad física de estas predisposiciones humanas, el peso relativo de unas respecto a otras y conjugarlas de tal modo que ninguna pudiera suponerse tan determinante sobre el proceso de las conductas que lo definan como absolutamente necesario. Baste a este efecto tener en cuenta que un acto libre es siempre un paso que hay que dar en algún sentido pragmático, que ese paso puede en algún momento desviarse de un camino recto y constituirse en trasgresión, que siempre introduce alguna alteración en lo que ya hay, que la libertad pudiera entenderse como el “aún-no” de lo que “pudiera-haber”, que de algún modo es forzamiento de límites pre-existentes, que exige proseguir en actos hasta terminar y acabar lo emprendido, y que su realización implica perder objetivos que no hayan sido los escogidos (por ello ha podido decir Ortega y Gasset que “el hombre está condenado a ser libre”, pues la inexorable irreversibilidad del tiempo deja cerrados para siempre caminos por los que no se haya avanzado cuando sólo en su oportunidad estaban abiertos).

Desde este bosquejo “en lo valioso” del sentido de la libertad, hay que dejar también constancia de lo que éste pudiera contener de “malvado”. Con ejemplar concisión explicaba Polibio (*Historias I*, 81, nn. 7,9,11) que las almas adquieren gangrenas y podredumbres que hacen hombres más perversos y feroces que alimañas. En su bestialidad acaban por ponerse fuera de la naturaleza humana. El origen principal de esta perversión reside en costumbres depravadas y una educación mala desde la infancia, y sus más eficaces apoyos son las arrogancias y las ambiciones sin límite de sus dirigentes.

Hemos apuntado que, entre los pensadores clásicos que tuvieron la fortuna de captar las realidades humanas en su más sincera e inmediata elementalidad, Aristóteles entendía las virtudes actuando juntamente una vez que las había diferenciado analíticamente, y Platón sintetizaba el conjunto de las mismas en la más importante por su trascendencia entre los ciudadanos, que era la justicia. Pero en su teoría de cómo realizar la justicia Platón había llegado a identificar en “identidades personales” los elementos subjetivos de esa realización de la justicia.

En *Político* (294a-297e) Platón opina que el “gobernante” no debe tener más leyes que las necesarias para ordenar preventivamente las incidencias más usuales entre ciudadanos, de tal modo que éstos puedan tenerlas de referencia sin necesidad de llegar a pedirle directamente justicia. Por el contrario (en 297b-300c), piensa que cuando no haya “gobernantes especializados”, las propias Ciudades deben tener establecidos criterios reguladores que un buen “gobernante” hubiera podido establecer, y mantenerlos en reglas escritas que, a su vez, no deberían ser alteradas ni sustituidas. En resumen, para Platón tiene que haber, o “gobernante-ley”, o “ley-gobernante”, dos métodos formalmente distintos pero materialmente equivalentes. Se completa esta perspectiva cuando en *Leyes* Platón examina la legislación desde el punto de vista de la virtud, y ésta como capacidad de entender las razones de la justicia para practicarla oportunamente, mediante el conocimiento de las razones

por las cuales cada ley manda lo que dice, y por ello puede persuadir a cada ciudadano sobre la conveniencia de cumplirla necesariamente.

Por tanto, desde la reflexión de aquellos pensadores, el núcleo de la materia ética y de los juicios éticos no deben ser reglas morales o cálculos de consecuencias (individuales, sociales, jurídicas, etc.), sino el razonamiento de cuál debe ser el mejor empleo posible de la libertad. Es en este punto donde emerge el perfil de la subjetividad de la persona considerada ahora como punto neurálgico de realidad humana. Podríamos denominar “persona” a lo que Sócrates (*Gorgias* 427e) apunta al decir que el modo óptimo de vida es estar dispuesto a vivir y a morir por alcanzar la justicia y las demás virtudes. Y podemos significar como “estructura de la persona” a los pre-requisitos que Aristóteles estudia en orden a poder actuar virtuosamente (*Ética a Nicómaco* libro II c. 4): conocimiento, elección respecto a los bienes pretendidos, decisión oportuna para actuar en consecuencia. La “virtualidad de la persona” podría contener predisposiciones para buscar toda clase de virtud, pero, a su vez, ésta no consiste en cumplimiento de reglas sino que existe como “forma que contiene un valor” (*Fedón* 97e, a propósito de la virtud “belleza”). Y la forma de la virtud resulta del ejercicio de las capacidades del espíritu humano, a las que Platón atribuye tres dimensiones: razón lógica, emotividad, y tendencias bio-afectivas. Es la combinación de todas la que las vincula reflejando la mayor o menor intensidad de cada una en cada momento y en la búsqueda de cada objetivo, constituyéndose cada una en factor para la operatividad de las restantes.

La relevancia de este elemento de Subjetividad anidado en la estructura personal del ser humano advierte que la libertad puede ejercerse en un sentido o en otro distinto. En *Gorgias* Platón establece que los humanos tienen capacidades que les pueden llevar a ser virtuosos o necios, si bien les resultaría mejor ser virtuosos que consentirse vicios. Pero en todo caso los humanos disponen de mecanismos (psicológicos, sociológicos, políticos, etc.) que les habilitan para el desarrollo de virtudes, como estos dos criterios: las orientaciones contenidas en las leyes de la Ciudad; el sentimiento de que la felicidad personal sólo puede resultar de la práctica de virtudes dentro del contexto en que se desarrolla su existencia. En este sentido no deja de observar Sandrina Berger (o.c. 142 ss.) que los filósofos griegos imaginaban cómo habrían de ser las Instituciones –o sea, Instituciones democráticas– para promover las virtudes cívicas y personales de la gente.

Desde la propia realidad de la Subjetividad se llegaba así a postularse la realidad misma de la Objetividad. El lenguaje de los sujetos de acción venía a sugerir, mediante la instalación pragmática de esos mismos sujetos, el ámbito de la realidad espacial donde cualquier Objetividad tendrá su asiento. El “yo” señala el punto desde el que se habla o hace algo; el “tú” traza la línea que une al hablante con su interlocutor. El “este”, “ese” completa la visión triangular creando la superficie espacial elemental, que se transforma en volumen espacial cuando aparecen “él”, “aquél” a través de la distancia que los une con los interlocutores. Y cuando los sujetos verbales, presentes o ausentes aludidos en el habla, son considerados no sólo en el Espacio en que están situados sino en otros ángulos denominados “tiempos verbales”, se ha creado la segunda gran dimensión objetiva en que la realidad aparece, o sea, el Tiempo. Y la combinación Espacio-Tiempo es la Objetividad de la realidad dentro de la cual, cuando se considera en seres humanos como tales, está la Persona.

3. La Objetividad en la Persona, o sea, lo que en la realidad social aparece como necesario de la Persona

Las dimensiones subjetivas de la persona encuadran al ser humano en cuanto individuo, de la misma manera en que las objetivas lo clasifican en la sociedad.

Boecio definía *persona* como *naturae rationabilis individua substantia*. El segundo aspecto (individualidad) es el elemento subjetivo en tal definición, y el primero (racionalidad) el objetivo dado que se le atribuye al omnicompreensivo *natura*. Podría traducirse así: persona humana es la estructura específica inteligible, que subyace a las expresiones inteligibles de los quehaceres individuales. Si nos refiriéramos a las más antiguas entre las teorías teológicas de las Personas Divinas (Cristia-

nismo), la Subjetividad de la Persona se expresaría en la palabra griega *ousía*, y su Objetividad en las palabras *hypokeímenon* e *hypóstasis*.

En definitiva la noción de Persona puede ser buscada, o desde la de “individuo” (subjetivismo); o desde el dato de ser parte de la realidad social, o sea, la noción de “participación” (objetivismo). El ámbito de la actividad subjetiva-objetiva de la Persona, considerada ya en esta estructura compleja, es variado, puesto que incluye, al menos, 1) el diálogo del Yo con mi conciencia; 2) el diálogo del Yo con otras partes de la misma sociedad; 3) el diálogo abierto de todos los Yoes (Nosotros, Vosotros y Ellos) sobre las normas básicas de la vida social que a todos afecta.

Cada una de estas actitudes puede ser considerada como distintas “cabezas de puente” para entender, tanto los fenómenos de la subjetividad, como los de la objetividad de la Persona. En esta confrontación aparece de un lado la “virtualidad” encarnada en la disposición de cada sujeto, y de otro el “mérito” que los demás asignan a las conductas de los otros y de sí mismos.

Este método permitirá fijarse en los dos aspectos, el subjetivo y el objetivo que se pretende subrayar en la unidad de la Persona: por un lado ser sede individualizada del conocimiento posible, de la virtud practicable, del ideal de la “mejor realización humana”; y por otro ser parte socializada de reglas de convivencia, de justicia, de adaptación de intereses propios y ajenos, de convergencia común hacia el bienestar general (“libertad que no implica contradicción”, como habría defendido la noción “objetivista” de Derecho Natural mantenida por Gabriel Vázquez de Belmonte). Desde este planteamiento sería sencillo entender los principios básicos de la justicia como ideal individual y social conjunto: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, tanto como el papel que a cada uno le compete si quiere realizarse plenamente como Persona y que le sea reconocido el mérito que como a tal le corresponde individualmente. Empleando palabras griegas distinguiríamos en este caso la *aristeía* o virtualidad personal practicada como empresa vital, *érgon*; y el mérito personal alcanzado por ello, *timé*, propio de cada uno *tò toû eautoû*. La palabra “justicia”, *dikaion*, expresa el modo de entender conjuntamente todo esto, así como una escala de merecimientos según los grados de la *euerghesía* proyectada por cada uno sobre los intereses comunes (recuérdese la expresión “justos y benéficos” contenida en el artº. 6 de la Constitución española de 1812).

En la práctica jurídica de la actividad social, hallamos que es en determinadas clases de relaciones inter-subjetivas (conmutación, participación, organización, adhesión comunitaria, etc.) donde son objetos de mantenimiento y regulación los intereses y valores (*salus, honos, pecunia*) a través de las situaciones alcanzadas por individuos concretos (*status libertatis, status familiae, status civitatis, hospes, hostis*, etc.). Pero la asignación de pertenencia y garantía de tales valores se determina en individuos concretos, bajo diversas denominaciones (*homo, caput, dominus, servus, heres, civis, reus, actor, persona*), que están autorizados a realizar ciertos actos mediante los cuales pretenden conseguir (obtener, garantizar, compartir, administrar, disponer) intereses o valores propios o ajenos. Se trata del “mundo del Derecho”, diversificado pero solidario, impersonal en tantos aspectos como personalizado e incluso privilegiado en muchos otros, cuyo equilibrio interno se cambia frecuentemente en las transiciones históricas y a veces profundamente por causa de las vigencias culturales. Se crean así nuevas tensiones entre la personalidad individual de un lado, la personalidad familiar y social de otro, y la personalidad propiamente política donde la correlación “mandar/obedecer” está sujeta a dinámicas a veces constantes, pero otras impredecibles e incluso inhumanas.

Para entender aún mejor la doble incidencia de Subjetividad y de Objetividad en la estructura de la Persona, séanos permitido tomar otra vez la mano auxiliadora de la palabra griega que la expresa, *prósopon*, que en el lenguaje latino halló la correspondencia de *persona*, si bien, como veremos, la acepción jurídica del griego *prósopon* en cuanto “persona” le fue tardíamente contagiada por el vigor expresivo de ese término latino, al tiempo que éste recibía el significado de “máscara teatral” de su correspondiente griego.

Efectivamente *prósopon* aúna varios significados. Originariamente es “el rostro” del hombre, el que “hace cara”, el que “mira cara a cara”, el que tiene carácter propio. De ahí la máscara teatral que indicaba al personaje representado, casi siempre en escenas donde los protagonistas, aparte de los miembros del Coro, solían ser solamente dos o tres. Además, al tratarse casi siempre de personajes de tragedia, se trataba de héroes e incluso dioses, y por tanto ostentaban “gran personalidad”. Por otro lado el personaje representado por un *prósopon* solía coincidir con la figura dramática de un protagonista de rebelión, de decisiones tiránicas, o de víctima responsable de sus propios yerros, situación que afrontaba con gran serenidad y grandeza de ánimo (caracteres de la tragedia antigua).

Llevando más lejos aún este análisis semántico, *prósopon* indica al individuo singular, opuesto al término *métopon* que significa individuo vulgar o un cualquiera. Por otro lado, en cuanto “responsable” y “valiente” por “dar la cara”, *prósopon* se opone a *katà nóton*, o sea, el que “vuelve la espalda”, “cobarde”, “irresponsable” por “rehuir” e incluso “ser lo contrario de lo que se debe ser”.

De este modo el nombre griego para Persona entiende al hombre mirando a los valores que podría encarnar en cuanto a vivir con gran dignidad, no sólo desde la perspectiva de la conciencia propia, sino también de la valoración colectiva. Sus sílabas *-opé* significan el aspecto que alguien ofrece ante los demás, y la sílaba *pros-*, que según los filólogos procede de la misma raíz que el latín *pretium* dentro de una larga lista de vocablos próximos en el campo semántico de “valorar”, es una proposición que al integrarse en otros verbos puede significar dirección, proximidad, protección, cercanía, movimiento hacia algún objeto, enfrentarse, etc.

De modo análogo el latino *persona* incluye significados como los siguientes: presencia corporal de alguien, individuo considerado conforme a lo que ordena la justicia, personalidad legal, representante legal de otro, el aspecto de alguien o de algo... Estas significaciones tienen importantes aplicaciones que estudia recientemente un historiador de las ideas que es preciso mencionar, Christopher Gill, en su libro *The Structured Self in Hellenistic and Roman Thought*, 2006, al que cito para subrayar el interés inagotable de muchos otros aspectos de la noción de “persona” que no es oportuno considerar aquí.

Si bien la Subjetividad de la Persona tiene su exponente virtual en la “libertad individual”, la Objetividad de la misma se ha de decantar, si se atiende a sus aspectos jurídicos, como “seguridad común”. El orden jurídico que considera las dimensiones personales de los seres humanos ha de ser, ante todo, “aseguramiento de la persona” en sus bienes, en su ámbito familiar, en su trabajo, en sus intereses. Pues la seguridad jurídica no es más que el modo de expresar la vigencia colectiva de la libertad, atendiendo a los acondicionamientos actuales del ejercicio de la libertad posible, a partir de una realidad situacional concreta. Por ello la libertad personal sólo adquiere alcance efectivo si puede operar dentro del conjunto de las Instituciones comunes, donde la igualdad entre personas sea matriz básica del derecho subjetivo de cada uno. Acondicionamiento posible si la regulación desarrollada es equilibrada, sistemática y consecuente dentro de la necesaria tensión entre sus principios valorativos comunes y los métodos prácticos de su aplicación.

Avanzando en este concepto de Persona a través de algunas de sus proyecciones teóricas, hallaremos que no es correcto entender la forma “Yo” de la persona como centro de una perspectiva cognitivamente privilegiada (como entendía Descartes), o privilegiadamente subjetiva (como tal vez Fichte y, a su manera, Ortega y Gasset). Menos aún sería aceptable el anquilosamiento marxiano en la objetivación clasista donde pensamiento, ideas y actos fueran meros objetos pre-estructurados.

Es precisamente la inteligencia de la Persona en su acepción jurídica la capaz de integrar coherentemente perspectivas que en sí mismas y aisladamente serían irracionales. El mundo jurídico requiere siempre la referencia de una “tercera persona” además de las que actúan defendiendo sus propias libertades o infringiendo las ajenas. Para sustituir la unilateralidad de la “acción directa”, las fatales consecuencias de la “venganza privada”, o las totalitarias apetencias de los poderes hegemónicos cleptocráticos, en el orden jurídico hay que tomar una referencia imparcial, la figura del “ter-

ceros”, como testigo (*ter-stis*) o como solucionador mediante su juicio prudente (*arbi-ter*), creando así la dimensión espacial del Derecho. En el plano de la conexión inter-subjetiva común, el Derecho desarrolla sus funciones de acreditar formas de vida comunes, donde surjan aquellas predisposiciones y preferencias individuales, garantizadas por criterios reguladores del orden común que acondicionen que cada individuo pueda llegar a ser una persona plena, y cada bien individual o común convertirse en interés protegido.

Podemos, antes de entrar decididamente en el campo de conceptos jurídicos anunciados en el tema de esta disertación, establecer que un sujeto entendido como “Uno-mismo” incluye privilegios que se corrigen cuando está enfrentado con el sujeto entendido como “Uno-cualquiera” que implica igualdad (y se entienden ambos como representantes de Subjetividad o de Objetividad en cada supuesto).

A su vez, un sujeto incluye individuación pero también participación en procesos comunes, y en ambos casos es compatible con la duración temporal de sus actos, por lo cual no se queda en mera “abstracción”.

La noción de Persona no contiene exclusivamente un revestimiento valorativo del sujeto, sino que además constituye la humanización de su virtualidad práctica, tanto para lo valioso como para lo malvado, incluyendo tener conciencia de sí mismo, conciencia de la presencia de otros en un mundo común a todos, y conciencia de cierta igualdad en las condiciones a que debe atenerse la conducta de cada uno.

Cruzando el porche de la construcción jurídica, en cuyo santuario más sagrado está veladamente asentado el trono de la Justicia, lo primero que advertimos es que penetramos en un mundo de “formas”. Unas formas son visibles aunque se presenten como símbolos, otras invisibles que apenas se dejan adivinar y sólo podemos captarlas conceptualmente. Una de estas formas es la propia Persona, en cuanto modo jurídico de percibir y entender al “ser humano”. Cada forma jurídica indica lo unitario frente a lo fragmentario, lo articulado frente a lo desorganizado, el espíritu vivificador frente a la materialidad inerte, la identidad en la continuidad frente a la anarquía de la ruptura, la centralidad de las decisiones frente a la dispersión de los actos que las procesan, la significación valorativa frente a la indiferencia caótica.

Refiriéndonos a las conductas humanas (pasando por alto la trivialidad de las nociones contenidas en el art. 29 del Cc “El nacimiento determina la personalidad” y en el 32 “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”; y la perversión ética y jurídica contenida en la interpretación usual del art. 16 de la CE: “Todos tienen derecho a la vida...”), “forma” jurídica es la tipicidad identificadora de actos y situaciones donde se ponen en juego libertades humanas que pudieran interferirse recíprocamente entre sí, impactando sobre libertades o bienes ajenos, presentes o futuros, desde cuyo dominio se articulan los recursos mediatos de aquellas mismas libertades. Esta tipología se manifiesta en “formas institucionales”, definidas a su vez por “previsiones de modelos conceptuales” de tales formas tipificadas (leyes, costumbres, usos, contratos típicos, etc.).

Ahora bien, la noción de Persona se transforma, cuando es instrumentada como modelo tipificado en los ordenamientos jurídicos, en un símbolo ideal de las potencialidades expresivas de todas las libertades humanas, hasta el punto de que en los ordenamientos jurídicos democráticos se convierte en el valor fundante primario del sistema constitucional de libertades, —como subraya R. Bertolino en su artículo “La dignidad del hombre y la libertad...” publicado en *Anales RAJL*, 2002— y esta noción de Persona adquiere una normatividad propia, virtualmente capaz de adecuar el ordenamiento jurídico a sus propias e imprescindibles exigencias de universalidad. Desde esta sede la Persona contiene las razones que permiten entender los caracteres del concepto teórico de “capacidad jurídica”, pero también de extender su pragmatismo hacia direcciones e incluso con alcance que en muchos casos rebasa todo lo que puede ser entendido como “estrictamente jurídico”.

4. Los imaginarios antropológicos de la Persona Humana

Sería pretensión ambiciosa aportar aquí un estudio completo de cómo las nociones acerca de la Persona Humana se hayan configurado en las diversas culturas. De otro lado esta noción está decisivamente influida por las tradiciones religiosas y culturales de lo que denominamos “mundo occidental”. Por ello no nos referimos a “antropología filosófica” sino a mero “imaginario antropológico”. El Cristianismo planteó esta cuestión al distinguir en la Divinidad dos aspectos: un Dios único en tres Personas, donde la presencia y entidad divina de éstas se conjugaba en términos de “relación” (*pròs ti*), o sea, “respecto a algo”. Mas anteriormente el propio texto bíblico de Génesis (I, 26-31) establece su propia imaginación antropológica al considerar que la obra creadora divina dedica a todos los demás seres del mundo los primeros días de la creación, pero respecto al ser humano establece cinco diferencias: a) dedicarle una jornada exclusiva, el día sexto; b) crearlo a imagen y semejanza divina, esto es, con “forma” propia del horizonte del conocimiento, del poder, y de la creatividad propia del mismo Dios; c) crearle con capacidad generadora de especie pero también con diferencia modal de sentido personal entre el varón y la hembra así como con capacidad de reconocimiento recíproco como pertenecientes a la misma especie (Génesis II, 23-24); d) y por último asignarle la tarea de construir el mundo como objeto propio de la vocación humana: cuando les dijo: “llenad la tierra y sometedla” (I, 28), y cuando Dios cesó su propia tarea creadora para confiarla a los propios humanos recién llegados a la existencia (II, 1-2); e) imponerle al ser humano el deber de conocer y observar la conciencia personal que consiste en distinguir dos fenómenos primordiales: la limitación de su existencia entre la vida y la muerte (III,3 donde aparece el mensaje de la serpiente: “de ninguna manera moriréis” corrigiendo la advertencia divina: “No comáis de él ni lo toquéis bajo pena de muerte” (II, 17); el otro fenómeno aparece en boca de la serpiente cuando su mensaje afirma: “seréis como dioses, conocedores del bien y del mal”, o sea, la dimensión libertad-responsabilidad ante el bien y el mal.

El imaginario antropológico hebreo constituye así los términos en que se mueve la realidad humana: la limitación en la duración de su empresa existencial terrena; y la conciencia moral de lo que sea bueno o malo (pronto puesta a prueba en el deber de trabajar y en la tentación del odio que conduce al fratricidio).

En el imaginario antropológico heleno-romano las sugerencias no son muy diferentes a este respecto. La versión que ofrece Hesíodo (Trabajos y días, 108-201) es muy suficiente para observarlas. De un lado: dioses y humanos tienen origen semejante (*homóthen ghenáasi*) si bien fueron aquéllos quienes crean a éstos: primero los “raza de oro”, de cualidades sobrehumanas pero destinados ya a la muerte aunque su vida carecía de tendencias hacia el mal, y su muerte los transformaba en espíritus (*daímones*) que se cuidarían de los hombres futuros para ayudarles a distinguir entre lo justo y lo malvado y recompensar a los buenos. La “raza de plata” ocupó luego su sitio en la tierra, mimados e ingratos no fueron dignos de perpetuarse en ella. Peor fue el destino de la “raza de bronce”, ansiosa de guerra que los destruyó a todos. Entonces Zeus (padre de dioses y de hombres) hizo vivir la “raza de los héroes”, raza divina de casi dioses, que vinieron a protagonizar las gestas pacificadoras sobre la tierra, destruyendo monstruos y fundando ciudades, modelos de vida y de virtud para los humanos futuros que serían, y es ya la “raza de hierro”, los protagonistas de la humanidad presente (v. 173 e): afectados de dolores y de trabajo, día y noche; sus bienes les costarían mucho mal; las familias estarían desgajadas por la infidelidad; cada uno tratará de vivir sobre el esfuerzo de otros; despreciarán la sabia experiencia de los ancianos; vivirán del saqueo de su propia ciudad; no tendrán honor ni respetarán las promesas juradas sobre el honor de los dioses; carecerán de vergüenza, y no respetarán el derecho de los demás; su norma consistirá en el odio; no habrá más justicia que la fuerza del propio poder; cada uno tratará de medrar arruinando a los demás mediante engaños; sus lenguas destilarán malicia y sus ojos destellarán cuando presencien las desgracias ajenas. Como consecuencia, la Vergüenza y la Recompensa (*Aidòs kai Némesis*, v. 200) desaparecerán de la faz de la tierra.

Quedan así aclarados los elementos diseñados en esta sucinta muestra del imaginario antropológico de la Persona humana: sus capacidades, sus misiones, sus dificultades, sus méritos, sus res-

ponsabilidades, sus límites. Nadie tendrá dudas acerca de que la imagen que del ser humano perfilan estas tradiciones de la cultura occidental no inventa nada acerca de los caracteres del ser humano individual y social que conocemos en la estricta actualidad de nuestros días, y por tanto es válida para continuar nuestra investigación. Pero hay que observar algo aún. En el principio de todo reinaba el Oscuro Caos (Hesíodo) o la fluidez informe de Las Aguas (Biblia). La misión de la racionalidad humana será iluminar y encauzar, a lo largo del tiempo y a lo ancho del espacio terreno, el Orden de las Formas de la Libertad (estructuras justas y pacíficas en la convivencia humana).

5. Determinación operativa de la Persona en el Derecho: la “capacidad jurídica”

En su ponencia “La extraña fusión positivista de los conceptos de personalidad y de capacidad jurídica” (vol. *Raíces de lo ilícito y razones de licitud*, RAJL, 2005) lamenta I.A. Hoyo Sierra que los juristas hayan caído rendidos a la teoría kelseniana de que la persona no es otra cosa que mero punto de imputación de derechos y deberes, disolviendo y vaciando tanto las referencias internas de los intereses como las externas de las garantías y responsabilidades. Pues no hay ya decisiones libres, sino meros supuestos modélicos.

Perspectiva contraria es la del pensamiento “realista”, que tiene en cuenta primordialmente la necesidad de comprensión cosmopolita que supere el problema de las ignorancias (P. Ricoeur), en lugar de obviar el conocimiento de la realidad mediante el mecanismo de abstraerla dejando sólo la referencia estrictamente lógica (pero “en negativo”, por ser “forma hipotética”) de un determinado pero insignificante ángulo formal. El realismo teórico de J. Searle (*Intencionalidad*, trad. 1992) advierte que toda realidad se entiende desde un concepto causal, que la intencionalidad es forma activa de una decisión práctica, pero que además la intencionalidad causante, al concretarse en una decisión pragmática, es una actitud interna susceptible de ser verificada al ser expresada en el mundo de lo externo.

Desde esta concepción, cada hecho jurídico es un punto en que repercute la existencia del orden jurídico, establecido como forma de las libertades de la vida social atenuadas a un sistema de sanciones institucionales debidamente administradas por la Autoridad Pública. Así, en la noción de “hecho jurídico” ocurren, de un lado, dimensiones espacio-temporales; de otro, conductas y acontecimientos; de otro, valoraciones sociales; de otra, modelos normativos para verificarlos y poder asegurar la continuidad de sus consecuencias *erga omnes* (como se desarrolla en la ponencia “El hecho jurídico”, *Anales RALJ*, 1997).

A su vez la acción jurídica de un sujeto cualquiera, individual o colectivo, sólo puede entenderse como jurídica cuando opera en estos términos: conducta implicada en la libertad, actual o potencial, de conductas ajenas; y conducta responsable de los daños y secuelas nocivas ocasionados en la libertad y bienes de otros. La sanción jurídica consiguiente consistirá (*suum cuique tribuere*), o en garantizar las ventajas de la conducta valiosa a favor de quien la realiza (*honeste vivere*), o en impedir que nadie se aproveche del mal ocasionado a otro (*alterum non laedere*). Véase “Dimensiones jurídicas de los Derechos Humanos”, en el vol. *El concepto de relevancia jurídica*, 2001).

Obviamente las formalizarse en términos de su presencia (activa y pasiva) en el orden jurídico, la Persona no aparece en toda su amplitud valorativa y pragmática, sino solamente en los términos definidos por la relevancia jurídica de la conducta de un sujeto personalmente considerado. Pero es toda la plenitud de la Persona la que resulta afectada y la que se halla interesada en los acontecimientos jurídicamente relevantes dados en su existencia. No es toda la Subjetividad y toda la Objetividad del ser humano personal quien asume formas jurídicas, en términos de derechos subjetivos y de deberes jurídicos (tanto en los sectores del Derecho Privado como del Derecho Público pertinentes a cada ordenamiento jurídico considerado, sino sólo en aquel tipo de conducta que sea jurídicamente relevante. Por esto la complejidad de la realidad jurídica es objeto de un saber teórico y práctico referido a su propio tema, integrando sus elementos fácticos y normativos recíprocamente pertinentes. Los hechos jurídicos se captan e interpretan desde su relevancia jurídica, y las normas cuando hay

que precisar y aplicar los tipos jurídicos correspondientes (como se aclara ampliamente en “Experiencia y valoración de los hechos jurídicos”, Anales RAJL, 2002). Pero la sombra expectante de la presencia en que el ser humano está como Persona preside toda esta actividad configuradora de formas jurídicas. Por el hecho de ser actividad humana, la actividad de cada sujeto atrae al campo del ordenamiento jurídico la totalidad de conductas humanas, captándolas en sus términos biológicos (nacimiento, alimentación, sexualidad, muerte) a las personas físicas, y en sus términos convencionales (constitución, funcionamiento, disolución) a los grupos o actividades organizados en forma jurídicamente analogada a personas físicas (“Personas morales”. Véase “Introducción” al vol. La capacidad jurídica, 2005). Todo aspecto perfilado como jurídicamente relevante habrá de ser tenido en cuenta, pero el ordenamiento jurídico dejará el resto de conductas en el reino de la mera libertad personal de los individuos y de los miembros de los grupos, aunque pudieran ser regladas desde otros tipos de normatividad cultural (moralidad, educación, religiosidad, respeto, etc.) no coincidentes con los estrictamente jurídicos.

No será impropio caracterizar al “sujeto jurídico” desde esa perspectiva en que la Subjetividad y Objetividad de la Persona proyecta su plenitud de sentido sobre las conductas humanas consideradas dentro del orden jurídico. En este sentido la persona humana es “sujeto jurídico” en cuanto aparezca siendo “agente racional consciente, interactivo y responsable”

En cuanto “agente” se trata de la persona libre que inicia y toma la iniciativa de una conducta, si bien “libre” en sentido jurídico pueda consistir en el cumplimiento de un deber o de una obligación que tiene precisamente en su estatuto de libertad. Su ejercicio de libertad abarca esta posibilidad tal como decía el antiguo adagio romano: *coactus voluit, sed voluit*

En segundo lugar el agente operante se comporta racionalmente. No rompe su estado de inercia sino para poner los medios que alcanzarán un objetivo deseado. Pues la “racionalidad” implica determinación de fines desde el propio sujeto y adoptar los medios adecuados para alcanzarlo, evitando los inadecuados, inútiles o tan costosos que no merezcan la pena a la vista del valor del objetivo querido.

En tercer lugar el sujeto jurídico es “consciente”, de su situación actual, de la presencia en ella de otros sujetos, de los efectos colaterales y posibles reacciones que una iniciativa propia suscitará en otros sujetos, de si la posición personal que ahora ocupa resultará beneficiada o perjudicada mirando a todos los entornos y ámbitos en que se hallan los intereses presentes de sí mismo, de sus familiares y amigos, de sus colaboradores presentes y futuros, etc.

En cuarto lugar el sujeto jurídico es “interactivo”, directamente (p.e. en un contrato) o indirectamente (p.e. cuando se toman decisiones dentro de un grupo). Actuando en el plano de los derechos y deberes que unos y otros tienen, el dato más elemental reside en la presencia de los demás sujetos integrados en el orden jurídico, que frente a él estarán cooperando, o serán interesados o afectados por las iniciativas propias, pero que junto con él constituyen la red jurídica de garantías recíprocas al formalizar los derechos y deberes establecidos para mantener justicia, seguridad y paz comunes.

Por último el sujeto jurídico es responsable de todos los cambios y de todas las consecuencias derivadas de su iniciativa: es responsable frente a los otros sujetos sean asociados, espectadores, interesados, afectados o meramente miembros de la colectividad donde el ordenamiento jurídico organiza las condiciones de que todos sus miembros sean igualmente libres. El sujeto jurídico es responsable porque es interactivo, puesto que su responsabilidad le proviene de haber tomado iniciativas dentro de un grupo humano, y que de esa oportunidad, objetivos y medios fue él mismo quien tomó decisiones desde su propia libertad.

Ahora bien: podríamos llegar al final de esta propuesta teórica, señalando que la “capacidad jurídica” es el conjunto de instrumentos institucionales que corresponde a cada sujeto jurídico, considerado en sus diferentes momentos biológicos y en sus propias condiciones personales, que ha sido adaptado a las condiciones en que una persona humana, entendida estrictamente como “sujeto

jurídico”, puede proveer a sus propios intereses, atender a sus propios bienes, y realizar los fines que se haya propuesto dentro de su existencia dentro de un grupo humano organizado; al mismo tiempo en que se hace responsable de los daños que pudiera inferir a otros. Para ello el ordenamiento jurídico prevé que cada sujeto jurídico pueda actuar, o por sí mismo, o mediante otros que suplan defectos puntuales en su “capacidad jurídica”, en aquellas situaciones legalmente previstas para acreditar la licitud de cada conducta, mirando a la manera legal en que se definen los criterios formales de su validez jurídica.

En suma la “capacidad jurídica” es el variable perfil operativo en que cada “sujeto jurídico” puede actuar válidamente, o sea, creando las consecuencias queridas en su conducta lícita, atendiendo al modo en que el ordenamiento jurídico concreto pretende asegurar la libertad común mediante la responsabilidad de cada uno, mirando a los caracteres subjetivos y objetivos (pretensiones, capacidades, colaboraciones, etc.) de la persona humana de cuya operatividad como “sujeto jurídico” se trate.

Ángel Sánchez de la Torre, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid

“PERSONAS JURÍDICAS E INSTITUCIONES EN UNA SOCIEDAD EN CRISIS DEL ESTADO DEL BIENESTAR”

Jesús López Medel

Académico de Número
Academia Aragonesa de Jurisprudencia
y Legislación

SUMARIO: 1.– Crisis de las instituciones y crisis del Estado de Bienestar. 2.– Naturaleza y efectos de la persona jurídica y de las instituciones. 3.– La persona jurídica y la Institución en una sociedad en crisis de un Estado del Bienestar.

1.– CRISIS DE LAS INSTITUCIONES Y CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR

El sentido de mi reflexión está dirigido a situar el tema de las personas jurídicas y de las instituciones, en la sociedad contemporánea. En ésta –al menos por el momento–, y en razón de la crisis económica, moral y social, tan generalizada, puede decirse que tendría que replegarse, o ignorar el llamado “estado de bienestar”, tan cacareado a derecha e izquierda. Aunque sea en estos últimos grupos en los cuales se haya visto más claro el fracaso y más urgente la reconducción, y casi la prohibición del “bienestar”.

No insisto demasiado en este punto. Pero sí quiero recordar el añejo pensamiento del jurista y político Manuel FRAGA IRIBARNE, quien ya en 1955, había hablado de “*Crisis del Estado*”, situado en una contemplación de aquél por encima de las realidades sociopolíticas de entonces. Más adelante, desarrollaría su posición con unos criterios más concretos, y en puntos capitales que vislumbran semejante preocupación intelectual: “*Transformaciones de la sociedad española contemporánea*”, 1959, “*Familia y educación en una sociedad de masas*”, 1960, “*El hombre y lo humano en el pensamiento político contemporáneo*”, 1961, y “*Entre dos modelos de sociedad*”, 1982, entre otras obras.

Lo refiero aquí, fundamentalmente, como antecedente de un trabajo que figura en el Libro-Homenaje a FRAGA (1997), volumen II, del catedrático de Derecho Administrativo, RODRIGUEZ ARANAS, titulada así, expresivamente, “*Sobre la crisis del Estado de bienestar*”, situada ya en nuestro tiempo. Lo que era una advertencia sobre una crisis general del Estado: explica las causas de

la intervención del Estado en la sociedad, sus crisis, y sus soluciones. Citando como conclusión, casi gráfica, aquella expresión de ERHARD, en *“Bienestar para todos”*: *“el grito no debiera ser ¡Estado, ven en mi ayuda, protégame, asísteme!, sino ¡No te metas tú, Estado, en mis asuntos, sino dame tanta libertad y déjame tanta parte del fruto de mi trabajo que pueda ya mismo organizar mi existencia, mi destino, y el de mi familia”*.

En el momento actual, la crisis económica —se ve larga, y no es temporal— ha puesto de relieve aquellas ideas. Se han dado algunas circunstancias singulares, desde 1986 en adelante. Porque junto a tal crisis, se ha dado una crisis de las instituciones, cuando ellas, como luego diremos, son los primeros instrumentos jurídicos para remontar tal situación. Que no ha sido exclusiva de una sociedad liberal capitalista, sino de manera singular en las socialistas o pseudodemocráticas. Es, por tanto, un más allá de las ideologías.

2.- NATURALEZA Y EFECTOS DE LA PERSONA JURIDICA Y DE LAS INSTITUCIONES

La bibliografía al respecto es inmensa. Tanto para uno u otro concepto. Tendríamos que recordar cómo aparece en el Derecho Romano. Y cómo repercutió para el atractivo que representó en los pueblos a conquistar (ORTEGA Y GASSET). Me contentaría con recordar las ideas de CASTAN TOBEÑAS y DE CASTRO, clásicas para todo jurista. Nosotros también, en el plano iusfilosófico como en el técnico-jurídico-positivo, hemos esbozado⁸³¹ algunos aspectos de la propia realidad social, en tanto la Persona Jurídica y la Institución cubren o describen realidades sociales, que revisten la forma “personas jurídicas”, y que reciben —no todas— la característica institucional. Se han dado en dos campos, principalmente: uno es el del Derecho Civil o “privado”. Sus manifestaciones han estado en el terreno de las asociaciones, fundaciones o corporaciones, que es la clasificación general de la doctrina y de los códigos civiles. Su aplicación mayor ha sido en el Derecho Financiero y Mercantil.

En cambio, en términos también generales, es en el campo del Derecho o Ciencia de la Administración, cuando reapareció con firmeza imparable lo institucional. Aquí tendríamos que remitirnos a una larga literatura jurídica, e incluso con tópicos exagerados —según las orientaciones—, bien para proliferar lo institucional, bien para demonizarlo. La figura de HAURIOU es fundamental para un camino de la institución, en la Administración Pública. El desarrollo de una idea para la realización de una empresa, ha llegado más lejos.

Es un campo inacabable, porque proviene tanto de la actitud del investigador como del incremento y problemática social de cada tiempo, con una evolución, a veces revolución. Con riesgo de una desviación de sus propios fines, en razón de las manipulaciones o corruptelas que una ingeniería social y técnica se ha despertado en el mundo jurídico⁸³².

De ahí que nosotros traigamos aquí una doctrina, a caso cada vez menos cercana, en razón al fallecimiento “anticipado” de su autor Fernando GARRIDO FALLA, catedrático de Derecho Administrativo, Letrado de las Cortes, asesor de la Comisión Constitucional, que, también de la mano del gran civilista HERNANDEZ GIL, Presidente de las Cortes, coadyuvó con la Ponencia a la redacción de la Constitución de 1978.

831 Cito, entre otro, nuestro trabajo *“Teoría del Registro como servicio público”*, 1ª ed., 1958, 2ª ed., 1959, 3ª ed., 1991, *“La familia, célula de sociedades intermedias”*, 1959, *“Modernas orientaciones sobre la institución registral”*, 1975, *“Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho Natural”*, 1975, *“La familia, sujeto de derechos”*, 1994, *“Las Cámaras de Comercio en una filosofía de la libertad”*, 1996, *“Estado del Derecho y de la Justicia en España”*, en la obra colectiva *“El estado de España”*, Real Academia de Doctores, Madrid, 2005, págs. 347 ss.

832 Las ONG o los lobbies no han encajado en lo institucional, por su opacidad, falta de trascendencia y transparencia responsable, en muchas de ellas.

En la obra *“La Administración en la Constitución”*⁸³³, hay un apartado muy concreto, el III, “La Administración como institución”, que en sus primeros párrafos ya se plantea por GARRIDO el gran problema (págs. 51 y ss.), siguiendo al clásico HAURIOU. *“Ahora bien, ¿qué es una institución?. Por supuesto una institución no es una persona jurídica. EL Ejército no es una persona jurídica, en nuestro ordenamiento positivo, pero qué duda cabe que el Ejército es una institución. El Ministerio del Ejército no lo es, tampoco tiene personalidad jurídica: es un órgano dentro de la persona jurídica estatal...La Magistratura es una institución y tampoco tiene personalidad jurídica...La Universidad es una Institución, pero además es una persona jurídica”*. Por nuestra parte, lo podíamos completar con los supuestos que ya relacionamos en la nota primera. Pero lo importante es que ese preciado y pedagógico exordio de GARRIDO FALLA le sirve –nos sirve– para señalar las notas características:

- a) que la institución realiza en su actuación una apropiación de los fines que persigue.
- b) la institución actúa con una fuerza apropiada para alcanzar sus fines.
- c) la institución se rige por reglas propias de comportamiento que es cosa diferente a decir que la Institución está sometida a Derecho. Por tener reglas propias, es predecible lo que va a pasar. Y precisamente ocurre –lo apunta el propio administrativista– que se advierte en uno y otro caso una cierta “desinstitucionalización”, que es tanto como contener un exceso de “administrativización”, de burocracia, de no responsabilidad, y aun de corrupción.

Completaríamos aquel pensamiento con este otro: la crisis económica mundial es un hecho. Pues bien, la característica de las personas jurídicas, y de manera singular las instituciones, tienen, o deben tener, un sentido comunitario y de responsabilidad, que trasciende de lo individual. En la persona jurídica, incluso en las sociedades anónimas, aunque no se dé tanto lo comunitario, hay un sentido de aportación voluntaria, de opción libre, y de participación. Y en lo institucional, porque suelen tener una fuerza creadora, más allá de los parámetros administrativos, como nosotros lo hemos entendido respecto al Registro de la Propiedad, el cual, siendo un servicio de seguridad jurídica preventiva, como el Notariado, está servido par los fines de aquélla, a partir de la institución registral o notarial.

En definitiva, hay además de la reglamentación corporativa de conductas, casi siempre internas o previas a lo penal, un carácter ético, en los comportamientos y en las responsabilidades, que se intercomunican, como en el ejército en un combate, y que motivan y trascienden del cumplimiento reglamentario mínimo.

3.– LA PERSONA JURIDICA Y LA INSTITUCION EN UNA SOCIEDAD EN CRISIS DE UN ESTADO DE BIENESTAR

Que el Estado del Bienestar y el bienestar, por sí mismo, como al comienzo advertimos, hay que calificarlo de temporal. La crisis que aparece por los años 80 en adelante, no es una crisis de crecimiento meramente económico –que también lo es– sino crisis de “eticidad” y de responsabilidad. Y de actitudes no meramente personales y también colectivas, que contribuyen a dos cosas: una cierta ingeniería social, sofisticada y corrupta en lo económico, y una “desinstitucionalización” y despersonalización de actitudes.

La sociedad occidental, que nació con el cristianismo, en razón de una concepción del hombre como *imago Dei*, y que lleva aparejada su propia libertad y responsabilidad, ha sufrido una fuerte descristianización, secularización, y “des-etización”. Pero también, sucede independiente de supuestos concretos, de una puesta a punto de la persona jurídica en la comunidad de intereses y de responsabilidades y de las instituciones. Bien por la proliferación de “instituciones paralelas” –gran parte de las ONG, los organismos autónomos, las empresas públicas–, con riesgo de su politización partidista, etc.

833 Madrid, 1983, págs. 41 y ss.

Nuestros teólogos y juristas del siglo de Oro español del XVI encontraron⁸³⁴ las raíces trascendentes no sólo para las conductas personales, sino también para las grandes obras, como fue el Descubrimiento de América. Pero, también, en una concepción democrática, partiendo de la dignidad de la persona humana y de su responsabilidad. Incluso en materias económicas, como los abusos o no de intereses, del lucro, etc.⁸³⁵ (Es significativo que economistas ingleses se acerquen a Salamanca, para estudiar el pensamiento tomista: los pobres, los que carecen del mínimo económico para practicar la virtud, se salvarán).

Dando un salto en la historia y bibliografía, hemos de citar la obra de Max WEBER (1864-1920), quien se alejó del nacionalismo germano, tras la crisis de la II Guerra Mundial, no apoyándose ni en la fuerza ni en los intereses, sino en la verdad, la claridad, la lucidez. (ORTEGA Y GASSET le dedicó muchos piropos, y lo tuvo como uno de los hombres más sabios e imparciales de su época). Su magna obra, más allá de una sociología religiosa que dominaba, lleva el expresivo título de “*La ética protestante y el espíritu del capitalismo*”⁸³⁶. Es toda una crítica y análisis que, pedagógicamente, y desgraciadamente, tiene gran actualidad.

En la *Presentación* a la nueva edición de tal libro hemos disfrutado recogiendo algunas “perlas” de su pensamiento (pág. 11): educar en la serenidad de una obra reflexiva. Lo reprochable es el descañonamiento en la riqueza. El capital formado no debiera gastarse inútilmente. Aristocratizar el patrimonio burgués, evitar la secularización de la riqueza. San FRANCISCO DE ASIS, ascético del trabajo. Donde la riqueza aumenta, la religiosidad disminuye. El ascetismo transforma el mundo y se realiza en el mundo.

Hay que gozar y alegrar de sus propios textos, que superan modernamente los intentos de Ulbrich BECK, inclinado por la “sociedad del riesgo”. La encíclica del Papa BENEDICTO XVI, “*Caritas in veritate*” está impulsada por superar los clichés de una sociedad capitalista, víctima actualmente de la codicia, la avaricia, el desmedido interés a la corrupción. Aunque haya factores no estrictamente morales, teológicos o jurídicos, que nos hayan llevado a esta situación⁸³⁷.

Ahora bien, independiente de una conducta ética, al ser la crisis del Estado del Bienestar, no meramente temporal, hemos de acostumbrarnos, no sólo a las reformas financieras, del mercado o de la producción, la “eticidad” cristiana y humana que lo da el propio desarrollo que hemos tenido, sino, además, reconducir el papel de las personas jurídicas, su responsabilidad, su posición legal, y su presencia social. Así como la de las instituciones. Es significativo que en Estados Unidos, en donde empezó la crisis económica, no existieran las instituciones del Registro de la Propiedad ni del Notariado, lo que facilitó la burbuja inmobiliaria inicial⁸³⁸.

El desarrollismo que fue la pauta del siglo XX, salvo en los países de la órbita comunista, como los del este europeo, apenas se ha mantenido en el actual. Y es interesante que, aunque salvando algunas distancias, países en Hispanoamérica no liberales, como Cuba, o Venezuela, sigan sin alcanzar

834 V. nuestro trabajo “*Derecho y seguridad jurídica en el Renacimiento*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 2008.

835 V. Luciano PEREÑA, “*Criteriología democrática*”, Euroamérica, 1959. El economista Jesús HUERTA ha destacado el interés de los economistas de Harvard, por la doctrina de nuestro Luis de MOLINA, del siglo XVI, para encontrar parámetros más equilibrados para superar la actual crisis.

836 Reeditada por la Editorial Reus y Editorial de Derecho Privado, en 2009, con traducción de LEGAZ LACAMBRA. En nuestra *Presentación* hemos aludido precisamente a las frecuentes referencias de ORTEGA Y GASSET a Max WEBER y su obra.

837 Más atrás queda el impacto del 11-S, al que dedicamos el trabajo “*El 11-S: causas y efectos ético-morales, jurídicos, sociales y políticos*”, Anales de la Real Academia de Doctores de España, vol. 7, 2003, e incorporado como anexo a mi libro “*El Estatuto de Cataluña. Una meditación sobre España*”, 2006. Allí reproduzco unas palabras de Julián MARIAS, en una conferencia en la que reafirmó, después de explicar la trayectoria histórica del Islam, que “a partir del 11-S, la situación del mundo y de la sociedad sería distinta”.

838 V. nuestro trabajo “*España en la encrucijada*”, Madrid, 2009, cap. XIII, “Más allá de la crisis económica”, págs. 317-327.

ese mínimo de bienestar, de otros pueblos hermanos y vecinos. Y también es curioso que tres de los países en recesión de la Unión Europea, como Portugal, Grecia, y España, hayan estado o estén gobernadas por partidos socialistas. En el nuestro, aceleradamente se ha perdido el bienestar de los años 90. Y lo que es peor: la existencia de una degradación en la valoración de las personas jurídicas, y de la garantía institucional, que constituyen la sociedad civil, y sobre todo de las instituciones básicas, como la familia, la justicia, el matrimonio⁸³⁹, el sindicato⁸⁴⁰, el ejército.

Recomponer, o reconducir las personas jurídicas y las instituciones sería una garantía para el acercamiento de esa sociedad civil que necesita para abrirse paso, dejando más esferas de libertad, de más confianza, de más credibilidad. Al propio tiempo que lo sean de responsabilidad y de participación. La instrumentación es tarea que no es de este tema.

839 V. la clásica obra de CASTAN TOBEÑAS, *“La crisis del matrimonio”*, Madrid, 1914.

840 V., especialmente, el documento colectivo *“El sindicato como institución jurídica”*, Madrid, 1966, con trabajos, de HERRERO TEJEDOR, SERRANO Y SERRANO, FERNANDEZ HERNANDO, y LOPEZ MEDEL.

“LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO ARGENTINO”

Dr. Juan Carlos Palmero

Presidente Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina

1. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar en consideraciones más específicas de la materia, conviene poner de relieve y clarificar el enfoque, alcance y metodología con que se desarrolla la presente ponencia, de forma tal que permita una más fácil comprensión de su contenido y resulte de utilidad e interés en una reunión académica de esta calidad técnica que reúne juristas de diversos países y latitudes de habla hispana, con el propósito de dilucidar e investigar la problemática actual de la persona jurídica que constituye a no dudar, uno de los problemas centrales de la parte general del Derecho Privado, con proyecciones a todas las ramas y especialidades de esta disciplina.

Por esta razón queremos destacar que nos ocuparemos del tema utilizando una metodología de exposición a partir del derecho vigente argentino, o como suele denominarse de *lege lata*, debido a que precisamente nuestro país presenta ciertas características muy particulares del problema que lo torna no solamente en un caso diferente, sino también de interés científico y técnico a quienes se dediquen al estudio del instituto en cuestión.

Sin perjuicio de ello y como no puede ser de otra manera, los alcances de esta figura obligarán a formular comparaciones y cotejos con otras legislaciones o elucubraciones científicas, pero sin que ello implique necesariamente perder el enfoque destacado precedentemente que como dijimos, estará circunscripto a su análisis y consideración tal como se encuentra incorporada en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

2. PARTICULARIDADES DEL DERECHO ARGENTINO

Hemos podido apreciar en nuestro derrotero por diversas universidades europeas y americanas, que no siempre resulta suficientemente conocido la manera como el Código Civil argentino recepta y regula el problema de la personalidad, todo ello debido a que en general, los ordenamientos sancionados a mediados del siglo XIX, influenciados en su mayor parte por el Código Civil francés de 1804, carecían no sólo de una concepción unitaria de personalidad, sino también y además omitieron

cualquier regulación de los supuestos que componen normalmente la llamada “parte general del derecho”, es decir, personas, cosas y hechos y actos jurídicos.

Lo curioso o interesante de nuestra legislación civil, es que constituye uno de los primeros códigos decimonónicos que fueron capaces de introducir una “parte general”, que si bien no fuera sistematizada de manera unitaria –como ocurre frecuentemente con las legislaciones posteriores al Código Civil alemán– lo cierto es que aborda en forma específica e independiente los temas centrales de aquellos elementos indispensables para la obtención de una relación jurídica válida, circunstancia que a nuestro juicio constituyó un verdadero adelanto para su época digno de encomio.

En consecuencia, la primera afirmación que corresponde efectuar dentro de las conclusiones de este trabajo, consiste en resaltar que disponemos no sólo de una “parte general del derecho”, sino también y esto constituye un dato significativo a estos efectos, de una “teoría general de la persona”, tratada en el Libro Primero, Sección Primera, Título Primero: “De las personas en general” y que comprende ciento veintiocho preceptos agrupados bajo once títulos y que comprenden desde el Art. 30, hasta el Art. 158 del Código Civil, lográndose de esta forma una regulación integral de la persona como género, protagonista necesario de toda relación jurídica válida, ya que resulta imposible la existencia de derecho sin que sea posible atribuirlos a un sujeto.

De la normativa mencionada en el párrafo anterior, la persona jurídica dispone de veinte preceptos distribuidos de la siguiente manera: Título Primero: “De las personas jurídicas” (Art. 30 al 44 del Cód. Civ); luego sigue el Capítulo Primero, referido “Del Principio de la existencia de las personas jurídicas” (Arts. 45 a 47 del Código Civil); y por último, el Capítulo Segundo: “Del fin de las personas jurídicas” (Arts. 48 a 50 del Código Civil”) lo que integra esta doble decena de preceptos que obtienen un tratamiento bastante completo de la figura en cuestión, abarcando desde sus definiciones legales, clasificación, principio y fin de sus respectivas existencias, todo lo que constituye un verdadero estatuto de la personalidad.

Es interesante destacar que Dalmacio Vélez Sársfield, para la regulación de esta materia tuvo como fuente directa al gran jurista brasileiro Teixeira de Freitas ⁸⁴¹, que apartándose completamente de los precedentes existentes hasta ese momento, consideró necesario establecer una “teoría general de la persona”, circunstancia que resalta nuestro Codificador cuando explica en la nota al Título Primero, que “*en todos los Códigos modernos no hay un título sobre lo que en ellos se llama personas morales, a pesar de que necesariamente tienen que disponer sobre el Estado, municipalidades, corporaciones, establecimientos públicos, etc.*”, afirmación que luego justifica con citas de los códigos de Austria, Prusia y Chile.

Igualmente importante constituye el dato final de la nota precedentemente citada: “*Los jurisconsultos franceses y españoles no se ocupan de las personas morales: pero en Savigny, se encontrará extensamente tratada la materia (tomo 2 del Derecho Romano). De él ha tomado Freitas las doctrinas que forman las bases del título que se proyecta, al cual seguimos a la letra*”.

Permítasenos entonces formular este necesario y fundamental punto de partida para nuestro análisis: el Código Civil argentino, dispone de una “parte general del derecho” y dentro de la misma, una “teoría general de la persona”, donde se trata conjunta y unitariamente tanto las personas físicas con las jurídicas, siguiendo en este punto a Savigny y Freitas a quienes se manifiesta haberlos “*seguidos a la letra*” como legislación de referencia.

Con posterioridad y a partir de la Reforma del año 1968 (Ley 17.711/68), se avanza considerablemente dentro de los alcances de esta concepción amplia de la personalidad, al reelaborarse el nuevo Art. 33 del Código Civil, que no sólo despejó algunas dudas que se habían producido respecto al alcance de expresiones que evidentemente eran sinónimas (personas de existencia posible y personas

841 FREITAS A. T.; “Código Civil”, traducción castellana, Editorial García Santos J. Roldán, Bs. As. 1909, T. I., Pág.151 y stes..

de existencia ideal), sino que formula una prolija clasificación donde casi no queda manifestación asociativa o corporativa moderna, sea con finalidades de lucro o de bien común, que no estuviese expresamente comprendida bajo este precepto, quedando incluso abierta la posibilidad al intérprete para encuadrar en la norma otras situaciones semejantes, circunstancia que la doctrina ha interpretado como una manifestación amplia del reconocimiento de la “libertad corporativa” que encuentra su fundamento en el Art. 14 de la Constitución Nacional que establece la libertad para asociarse con fines útiles.

3. IMPLICANCIAS Y LIMITACIONES DEL DERECHO ARGENTINO EN TORNO AL DEBATE ACTUAL DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

A partir de estos precedentes en claro, más allá de la opinión particular que cualquier jurista pueda tener respecto de los grandes debates en torno a la construcción y alcance de un concepto unitario de persona jurídica, estamos insertos en un sistema legal que ha tomado posición clara y concreta en torno a algunas cuestiones de significativa trascendencia dentro del debate actual de esta figura, las que –mientras permanezca vigente esta legislación–, será imposible apartarse de sus contenidos y enseñanzas sin transgredir concretamente el texto de la ley.

Es factible encontrar algunos juristas argentinos enrolados en concepciones que consideran más ajustadas o modernas respecto del concepto, contenido y alcance de la persona jurídica, pero tales posiciones importan un punto de vista estrictamente científico, muy respetable por cierto, pero que no se compadece de ninguna manera con el basamento normativo de nuestro sistema legal o lo que resulta más importante aún, llegan incluso a contravenirlo totalmente.

Intentaremos hacer entonces una suerte de comparación entre las diversas posiciones o respuestas que efectúan las teorías actuales sobre la persona jurídica, respecto de sus grandes cuestiones o interrogantes, para compararlos con los preceptos legales de nuestra legislación civil, a los efectos de analizar las consecuencias y limitaciones que tales normas proyectan sobre algunas tendencias modernas que según nuestra forma de pensar, no se corresponden con lo que disciplina o regula el instituto nuestra ley civil.

4. ENUNCIACIÓN DE LOS GRANDES INTERROGANTES EN TORNO A LA PERSONALIDAD JURÍDICA.-

4.1. Persona considerada como género, abarcativo tanto de las personas físicas como de las jurídicas.

Una primera cuestión se refiere a si la persona jurídica debe ser tratada y relacionada en una misma unidad normativa de manera conjunta con las personas físicas, de forma tal que constituya una de las especies o lo que es lo mismo, englobada dentro del género de “persona” como sujeto de derecho, que cobra exteriorización a través de dos entidades diferentes: la que se expresa de manera natural o física, y la que a través de una abstracción unitaria resulta reconocida por el derecho como persona jurídica.

De esta forma el *genus*, lo conforma la “persona” en general, como sujeto titular de derechos y deberes, concepto dotado de la plasticidad hermenéutica suficiente como para comprender tanto la subjetividad humana, como la jurídica, conformando así una suerte basamento binario, cerrado y necesario de la “teoría general de las personas”. Dicho de otra manera, la persona sólo puede expresarse mediante alguna de estas dos modalidades expuestas.

No hace falta abundar en consideraciones para advertir que buena parte de la doctrina moderna, especialmente después del desarrollo que adquirieron las concepciones *negativistas*, provenientes principalmente de la filosofía analítica o positivista, cuestionan y critican fuertemente a la *concepción tradicional*, por entender que se produce una asimilación incorrecta al campo de los sujetos de

derecho, de lo que sólo constituye una mera relación compleja de orden instrumental entre personas físicas que han logrado por disposición de la ley la posibilidad de obtener una imputación unificada de ciertos actos o conductas escogidas en relación con determinada finalidad común.

En definitiva – a la luz de esta tendencia doctrinaria–, constituiría una grave falla lógica y técnica la traspolación analógica del sujeto persona física, con el sujeto persona jurídica, tanto en el plano legal, como en el científico, porque como señalamos precedentemente, éstas últimas carecen completamente de entidad, abstracto, cualidad o cualquier semejanza para ser igualadas con los hombres de carne y hueso, únicos que poseen entidad ontológica para constituirse naturalmente en protagonistas necesarios de una relación jurídica válida.

Es más, según opinión de Galgano, “*el shock de la demolición de la persona jurídica sería el único instrumento idóneo para eliminar del inconsciente de los magistrados el mito de una absoluta identidad entre las personas físicas y las jurídicas y inducirlos a un razonamiento inductivo y no deductivo con relación a los variadísimos supuestos donde la disciplina de la persona jurídica debe aplicarse*”⁸⁴², es decir, una cabal expresión del escepticismo crítico respecto de la conformación de un género de persona capaz de absorber ambas manifestaciones de la subjetividad jurídica.

Más explícitamente, no es posible efectuar la regulación normativa de la persona física, conjuntamente con las personas jurídicas, porque tal como lo viene destacando esta concepción, éstas “*carecen en absoluto de sustancia, entidad, cualidad o cualquier tipo de sustrato, por conformar sólo una relación privilegiada como para que el derecho la reconozca como centro de imputación de facultades u obligaciones*”.

De estas premisas doctrinarias –obviamente–, no resulta factible concebir la existencia de un género o *nomen iuris* reconocido por la ley como figura general, que se exprese a través de dos formas de subjetividad concreta: la física y la jurídica.

4.2. Conveniencia y necesidad de lograr un concepto unitario de persona jurídica.

El segundo gran tema actual de las personas jurídicas consiste en dilucidar si resulta posible, evaluándose al mismo tiempo la conveniencia, acerca de la construcción de un concepto unitario y universal de persona jurídica, que pueda actuar como género con relación a todas las especies con que se manifiesta este tipo de subjetividad colectiva.

Como hemos dicho tantas veces, se trata de responder al interrogante sobre si el Derecho Civil podrá continuar ejerciendo la soberanía de su concepto o si por el contrario, ante el fracaso de este intento, deberá aceptarse como válidos tantos conceptos autónomos e independientes de personas jurídicas, como manifestaciones de ellas se advierten en la realidad.

Resulta a todas luces evidente, –debido al incremento considerable en los tiempos modernos respecto de la utilización de las figuras colectivas que vehiculizan comportamientos corporativos o asociativos–, que por momentos los juristas parecen abatirse a una suerte de desazón o escepticismo crítico acerca de las posibilidades o conveniencia metodológica de seguir manteniendo un concepto

842 PELLIZI Giovanni: “La società persona giuridica: dove è realtà è dove è vuota formula”. (Esperienze delle banche) publicado en Sección Doctrina, de “L’ Ordinamento Italiano e il Diritto Comunitario. (Studi e pubblicazioni della Rivista di diritto internazionale private e processuale, n. 17) 1981. In 8°, di pp XX-194. (Texto de la Relazione leída en Nápoles el 21 de octubre de 1981, a la Convención de Magistrados, abogados, notarios y comercialistas organizado por la Banca Comercial Italiana juntamente con El Concejo de la orden de los abogados y magistrados de Nápoles). Además, puede consultarse en: Riv. Dir. Civ., 1981 –I, Pág 481.– La cita de Galgano corresponde al autor de la nota. En igual sentido: GALGANO Francesco: “Delle Persone Giuridiche”, “Libro Primo – Delle Persone e Della Famiglia”, publicado en Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca, Editorial Zanichelli Editore, Bologna, Soc. Ed. Del Foro Italiano, Roma 2006.– tna giuridica dove absorber ambas manifestaciones de la subjetividad jurndenti

unitario y universal que actúe como género y resulte capaz de absorber y explicar por su globalidad, a cada una de todas estas expresiones modernas o actuales de subjetividad colectiva.

Sin embargo, como bien lo destacan Basile y Falzea las distintas disciplinas con que se expresan las múltiples tipologías o especies de persona jurídica, de ninguna manera “*precluyen la posibilidad de reconducir todas las personas jurídicas a la categoría de sujetos de derecho*”⁸⁴³

Una vez más se contraponen la posición *sustancialista* de la persona jurídica –en cualquiera de sus más diversas expresiones–, frente a los *negativistas* con relación a la admisión de cualquier tipo de sustento real, ya que por tratarse –según esta versión–, sólo de una relación jurídica compleja entre diversas personas físicas, poco interesa considerar la obtención de un concepto que describa la figura con rasgos comunes o universales y que confiera sentido unitario a la explicación legal o doctrinaria de las diversas exteriorizaciones de este fenómeno en el mundo actual.

4.3. La persona jurídica es sólo una relación jurídica compleja o por el contrario, se encuentra asentada sobre una realidad, forma o substracto que le acuerde algún tipo o mecanismo de anclaje real.

Un avance en la construcción lógica de estas posiciones encontradas no podría concluir, sin llegarse a la necesidad de considerar si el reconocimiento que efectúa la ley al tratamiento unitario de ciertos emprendimientos colectivos o asociativos, precisan de algún sustento material, exteriorizando cierto modo o soporte como entidad, o si por el contrario, estamos en presencia exclusiva de una suerte de privilegio específico a través del cual resulta factible tratar de manera unificada las relaciones de varias personas físicas vinculadas con sus objetivos o finalidad común.

Desde Hans Kelsen⁸⁴⁴, con su la “Teoría pura del derecho”, elaborada sobre la necesidad de descontaminar las instituciones jurídicas para de esa manera llegar a la obtención de verdades científicas y universales, pasando obviamente por los más grandes exponentes de la filosofía positivista y analítica en la proyección de sus conceptos sobre este instituto –como lo fueron Hart⁸⁴⁵, D’Alessandro⁸⁴⁶,

843 BASILE Massimo – FALZEA Angelo: Voz: “Persona giuridica”, en “Enciclopedia Giuridica Giuffrè”. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983, Pto. 11, Pág. 274. Sostienen los autores que no puede ser un motivo de crisis en el derecho moderno la existencia de distintas disciplinas diferenciadas de las múltiples manifestaciones o variedades tipológicas de las personas jurídicas, lo que ha movido a algunos autores como Galgano por ejemplo, hablar de una “*fracturación*”, o “*pérdida de unidad*” de la categoría derivada precisamente, de esta variedad fenomenológica. (Por cita de los autores: Conf. GALGANO Francesco: “Delle associazione”, 124 y en “Le società in genere”, 139.) En el derecho francés, esta misma visión se la caracteriza con el nombre de “*evaporación*” o “*deformación*” del concepto de persona jurídica, aludiendo al hecho de la aparición de ciertos centro de interés provistos de un grado sensible de autonomía sobre el plano sustancial y formal, sin que por ello sean reconocidas como tales.-

844 KELSEN Hans: “Teoría pura del derecho”, 2ª edición, traducción Roberto S. Vernengo, UNAN, Méjico. El comienzo evidente del sustento técnico de la teoría de la negación de la persona jurídica, se inicia en la apreciación de esta concepción del derecho en su búsqueda de encontrar conceptos descontaminados, de forma tal que sea factible arribar a verdades universales, aunque con ello se cercene una visión integral del instituto en cuestión.-

845 HART: “Definition and Theory in Jurisprudence”, en “Law Quaterly Review, 1954, LXX, 37 ss; y en “Contributi all’analisi del diritto”, Milano, 1964, Pág.37 ss. Destaca el autor que existe una incorrecta metodología en la forma de formular los cuestionarios, que no deben preguntar acerca de qué es la persona jurídica o la posesión verbigracia, sino qué significan estos términos.-

846 D’ALESSANDRO Floriano: “Persone Giuridiche e Analisi del liguaggio”, en “Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Roma”; “Studi in memoria di Tulio Ascarelli”, Editorial Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, Milano 1969, Págs.244 y ss.

Ascarelli⁸⁴⁷, David⁸⁴⁸ o últimamente Galgano⁸⁴⁹—, cierran su discurso lógico a partir de la obvia negación de toda forma de cualificación o sustantividad cualquiera sea la naturaleza de que se trate, por entender —como se ha dicho varias veces anteriormente—, de encontrarnos sólo frente a un suerte de paréntesis matemático o expresión abreviada capaz de considerar de manera unificada, ciertas y determinadas relaciones de diversas personas físicas en razón de una finalidad común.

El ataque a todos los modos o maneras de reconocimiento más o menos explícitos de la existencia de una *sustantividad* propia de la persona jurídica, resulta ubicada dentro de un cuestionado fenómeno de traspolación, analogía o impostación de los derechos y deberes de las personas físicas, a las jurídicas, lo que implicaría —a juicio de esta moderna tendencia—, incurrir en una falla inicial en la consideración del concepto mismo de la institución en estudio.

En igual sentido, los *negativistas* concluyen su periplo discursivo, otorgando una sobrevaloración de la función genética del Estado, respecto del comienzo de la existencia de las personas jurídicas, lo que abre un amplio margen de discrecionalidad del legislador, al acordarle a su arbitrio la posibilidad de conceder o no este privilegio imputativo, idea a partir de la cual intentan explicar las razones de diferentes regulaciones ante identidad de supuestos, tal como ocurre por ejemplo, con las sociedades personalistas, que en los países de origen germano se les niega⁸⁵⁰ subjetividad colectiva⁸⁵¹, mientras que las que siguen el derecho francés adoptan la solución contraria, dato que justificaría la superlativa fuerza gubernamental al momento del nacimiento de esta figura.

5. EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA NEGATIVA CIENTÍFICA DE UN CONCEPTO GENERAL DE PERSONA, CAPAZ DE ABARCAR LA SUBJETIVIDAD FÍSICA Y LA JURÍDICA

A partir de este punto, iremos respondiendo uno a uno los diversos interrogantes que se plantearon desde una perspectiva científica de la teoría general de la personalidad jurídica, y que se especificaron en los puntos anteriores 4.1, 42 y 43. Comenzaremos entonces dando respuesta al primero de ellos a continuación.

Una simple lectura de los primeros artículos de la Sección Primera, del Libro Primero, del Código Civil (Arts. 30, 32 y 51 del Código Civil) responden aún al intérprete más desprevenido y con la certeza propia derivada de las palabras de la ley, las dudas o inquietudes que pueden surgir del primer interrogante, sin que ello de motivo a discusión alguna, como decimos siempre conforme a nuestro derecho vigente.

847 ASCARELLI Tulio: “Saggi di Diritto Commerciale”, Milano 1955, Pág. 160 y ss.; en igual sentido: “Problemi Giuridici”, I, 233 y de manera especial: “Considerazioni in tema di società e personalità giuridica”, publicado en la Rivista di Diritto Commerciale, 1954, I, Pág. 245

848 DAVID René: “La Personalité morale et ses limites”, « Etudes de Droit Comparé et de Droit International ». Ed. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, Rue Soufflot 20, Paris 1960. Contiene un amplio repertorio de trabajos, a saber de: S. Bastid – R. David – U. Drobnig – L. Focsaneanu – S. Foyer – J.M. Grossen – A. Ch. Kiss – F. Luchaire – J. M. Sweedeney – S. Szer – D. Vignes – A.B. Wortley, quienes en conjunto se ubican dentro de esta orientación negatoria de la personalidad. –

849 GALGANO Francesco: ob. cit. Nota 2.

850 AGUIRRE Hugo A.: “El debate sobre la personalidad jurídica de las sociedades de personas en Italia”, Pág. 17 y ss.

851 ROITMAN Horacio: “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, Editorial La Ley., t. I, Pág. 89 Trae el autor un buen cuadro sinóptico de los autores italianos que niegan la personalidad de las sociedades personalistas, a saber: Antonio BRUNETTI, Riv. Dir. Proc. Civ. 1948, Pág. 52; Vittorio VITALE: “Società personali e con titolarità di diritto”, Jovene, Napoli, 1950; Francesco FERRARA “Gli imprenditori e le società”, Giuffrè, Milano 1952. 1971 1975 – 1980; Paolo GRECCO: “Corso di diritto commerciale. Impresa. Azienda. Società”, Malfasi Milano 1952; Vittorio ANGELONI: “Impresa e società .Corso di diritto commerciale”, Sciantia Italica, Roma 1952. A su vez, la cita menciona otros autores que afirman la postura opuesta, es decir, el reconocimiento de la personalidad y teorías intermedias, todo lo que demuestra con palmaria evidencia la incertidumbre que genera esta orientación doctrinaria asumida por los países que siguieron el principio germano de la mano común.—

Es evidente que desde una visión estrictamente científica puedan existir discrepancias con la solución del Código y mediante la adhesión a las teorías *negativistas* se propicie un cambio de nuestra legislación, tal como ocurriera en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación del año 1987⁸⁵², pero siempre será una solución de “*lege ferenda*”.

El Art. 30 del Código Civil dispone que son personas “*todos los entes capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones*” y sin ningún tipo de rodeo se identifica persona o sujeto de derecho, con capacidad, es decir, aptitud o grado de aptitud para el ejercicio por sí mismo de los derechos y obligaciones de los que resulta titular, quedando de esta manera identificados dos conceptos que no siempre se han aceptado como equivalentes, que son los de sujeto y capacidad de derecho.

A renglón seguido y contradiciendo la recomendación –efectuado por el propio legislador en la nota al Art. 495 cuando disciplina las obligaciones en general–, en el sentido que las definiciones legales resultan de mala técnica legislativa, por la posibilidad de impedir la natural evolución y avances de la ciencias normativas, lo cierto es que define tanto a las personas físicas (Art. 51) como a las jurídicas (Art. 32), situación que nos coloca en un plano diferente al de otras legislaciones, que no se ven atrapadas dentro de un contexto de naturaleza legal⁸⁵³.

Es así que en el Art. 51 del Código Civil determina que son “*personas de existencia física aquellas que presenten signos característicos de humanidad sin distinción de cualidades o accidentes*”, siguiendo en este sentido la vieja tradición romana de distinguir la “*humanidad*” de situaciones afines o intermedias, como las que podrían surgir tanto del monstruo, como del prodigio, es decir, por encima o por debajo de lo que se considera como género humano, definición que por otra parte, fuera duramente criticada por la doctrina pero que en los tiempos modernos, luego del descubrimiento del mapa genético del genoma⁸⁵⁴, ha cobrado una relevancia de alcances imprevisibles.

A su vez, el Art. 32 del Código Civil, caracteriza la persona jurídica, al expresar que “*Todos los entes susceptibles de adquirir derecho, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas jurídicas de existencia ideal o personas jurídicas*”.

Como se advertirá fácilmente, de esta triología de preceptos es posible extraer varias conclusiones cuya consistencia –más allá de las preferencias científicas o personales–, derivan de la propia ley y su fuerza imperativa, a saber:

852 “Proyecto de Código Civil”, Elaborado por la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Ed. Astrea, Bs. .As. 1987, con consideraciones previas de Horacio Roitman. Esta iniciativa parlamentaria suprimió las definiciones clásicas del Código Civil y la clasificación establecida en el Art. 33, circunstancia que dejó un vacío respecto de situaciones de subjetividad colectiva, las que reenviaba a la justicia para su decisión definitiva. Esto despertó fuertes críticas, sobretudo en un país de fuerte tradición personalista, donde se advertía que la aprobación del Proyecto generaría una fuerte inseguridad jurídica en un aspecto central de la parte general del derecho, siendo uno de los motivos que hizo fracasar su puesta en vigor.-

853 PALMERO Juan Carlos: “Aportes del derecho argentino al sistema latinoamericano en materia de la teoría general de las obligaciones”, publicado en Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’ Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina”, Mucchi Editore, 2008, Pág. 76 y ss. En este trabajo efectuamos consideraciones en torno a los motivos por los que el Codificador entendió que no correspondía efectuar una definición legal de la obligación, a diferencia y haciendo una comparación a lo que había ocurrido al momento de regular la teoría general de la persona.-

854 PALMERO Juan Carlos: “El derecho a la intimidad y el genoma humano”, publicado en Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II – Obras – Número 31, “El derecho a la salud”, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires, 13 y 14 de diciembre de 2005, Ed. La Ley, Bs. As 2007, Pág. 86. Pusimos de relieve la importancia de la definición del Art. 51 del Código Civil, a la luz de los avances científicos en torno a la precisión del genoma humano, porque a partir de estos descubrimientos, persona física, o sea la que *presenta rasgos característicos de humanidad* pasa ahora a obtener una precisión técnica de validez universal, lo que le permite inferir que en todo supuesto donde sea posible la lectura del código genético, quedará atrapado por los alcances de esta definición, aportando claridad en el debate sobre la naturaleza jurídica del embrión fecundado *in vitro*.

(i) Para el derecho argentino, existen sólo dos modos de personalidad; la de las personas físicas y las de existencia ideal o jurídica.

Ello implica también una afirmación categórica y excluyente respecto de otras modalidades o manifestaciones de personalidad, estableciendo una suerte de imperativo categórico, ya que se es o no persona jurídica, pero no caben un tercer género o situaciones intermedias o a mitad de camino entre una y otra manera de ser sujetos de derecho.

(ii) En segundo lugar, la definición de persona jurídica se efectúa sin la precisión de su contenido, porque se utiliza el método de exclusión. Dicho de otra manera, la construcción de su concepto se deja abierta, utilizando como punto de referencia para su reconocimiento legal, la semejanza en lo que hace al ejercicio de los derechos o cumplimiento de sus deberes con la persona de existencia física o natural.

No es el caso que se trate de explicar exhaustivamente las razones por las que nuestro Codificador se aparta de las enseñanzas de buena técnica legislativa que recomienda no utilizar definiciones legales, pero lo más curioso es que pese a aludir como fuente o precedente inmediato de su código a Savigny y Freitas –al menos el primero, claramente enrolado en la teoría de la ficción–, no toma posición sin embargo dentro del debate de la pandectística alemana del siglo XIX y en este sentido, más allá de algunas claras influencia de la ficción, elude enrolarse en cualquiera de las dos corrientes mencionadas.

De ahí entonces que el derecho nacional no impide y por ende, permite el debate científico dentro de las diversas concepciones *sustancialistas*, (teorías de la ficción, de la realidad o institucionalistas etc.), porque tal como queda claro del texto legal, el legislador no adopta como propia ninguna de estas tendencias en particular.

(iii) En consecuencia, de estos antecedentes transcritos y con el valor propio de las “*palabras de la ley*”, se infiere igualmente con palmaria evidencia que para la legislación argentina la persona jurídica resulta tratada dentro de las reglas atinentes a los sujetos de derecho y no a las simples relaciones jurídicas como reclaman las concepciones “*negativistas*” anteriormente relacionadas, ya que de haberse ubicado dentro de esta orientación, tendrían que estar legisladas en el Libro II, Sección II, de los Hechos y Actos Jurídicos.

Y además, la persona en general, tal como se encuentra definida en el Art. 30 del Código Civil, reviste la característica de género de la subjetividad en su conjunto, comprendiendo ambas especies, es decir, tanto la física (Art. 51 del Cód.), como la jurídica (Art. 32 y 33 del Cód. Civ).⁸⁵⁵

(iv) Por último, los Arts. 30 y 32 del Código Civil antes referidos, aluden a que la persona constituye un *ente*, o un *ente ideal*, para diferenciarlo de un *ente real*, como sucede en las personas naturales, pero siempre utilizando un término amplio capaz de abarcar hermenéuticamente tanto a uno como el otro supuesto binario de manifestación de la subjetividad.

Desde siempre se ha destacado el acierto del empleo del término “*ente*” para caracterizar la naturaleza de la persona en general, ya que de esa manera puede cumplir las funciones de género unificante o recurso técnico de forma tal que ambos institutos sean tratados metodológicamente en una misma Sección Primera, del Libro Primero, todo lo que a nuestra manera de ver, concluye y desalienta antes de empezar –*ab initio*– cualquier discrepancia que pudiera pretenderse realizar en el derecho argentino con relación a esta vinculación entre la figura central y sus dos manifestaciones en particular.

855 BUTELER José Antonio: “Manual de Derecho Civil – Parte General”, Ed. Abaco, Pág 76 y ss. En igual sentido: BORDA Alejandro: “Tratado de Derecho Civil Argentino– Parte General”, 5ª Edición, Editorial Perrot Bs. As. 1970, t. I, Cap. IX, Pág. 508; LLAMBIAS Jorge Joaquín: “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, 3ª edición actualizada Editorial Perrot, Bs. As. 1967, t. II, Capítulo IX, n° 1054, Pág. 7 ss.; BUSSO Eduardo: “Código Civil Anotado”, Editorial Ediar, Bs. As. 1944, t. I, Pág. 242.–

6. EL DERECHO ARGENTINO FRENTE AL INTERROGANTE RESPECTO DE LA CONVENIENCIA Y NECESIDAD DE LOGRAR UN CONCEPTO UNITARIO DE PERSONA JURÍDICA.

Contestar el interrogante referido a la conveniencia de obtener en nuestro derecho una definición o caracterización de la persona jurídica resulta una respuesta casi obligatoria, tanto desde un punto de vista estrictamente legal, como así en lo que respecta a sus implicancias doctrinarias o si se quiere igualmente, de orden práctico.

Desde otra angulación, cabe recordar el lúcido pensamiento de de Paolo Zatti, cuando alude a esta cuestión referida a los términos y alcances dialécticos de este debate, afirmando que transita desde “*el enigma del ente a la duda sobre la utilidad de su concepto*”.⁸⁵⁶

6.1. Necesidad que emana de la existencia de una parte general del derecho

Se ha dicho ya en puntos anteriores que el Código Civil argentino dispone de una parte general y dentro de ella, ha elaborado una teoría completa de la persona en general. (Libro I Sec. I). En igual sentido, ha quedado explicitado la existencia de una definición legal de persona jurídica en el Art. 32 del Código Civil, que reconoce su existencia, aunque sin expedirse acerca de su contenido, salvo en lo que respecta a su caracterización como *ente* por una parte y su referencia necesaria o comparativa con las personas de existencia física o natural (Art. 51 del Código Civil).

En estas condiciones entonces, no parece difícil concluir en el sentido que el otorgarle contenido a esta definición resulta una tarea que emana de una exigencia legal (Art. 32 del Cód. Civ.), no sólo porque de esta premisa se infieren consecuencias inevitables en orden a la interpretación de distintas vicisitudes por las que atraviesa esta figura, sino también en razón que constituye una de las alternativas posibles de manifestación de la subjetividad como centro de imputación diferenciada de derechos y deberes.

Baste recordar a estos efectos, el largo camino recorrido por el Derecho Civil nacional desde principios del siglo XX hasta muy entrada esta centuria, respecto de los alcances y contenidos atribuidos al Art. 43 del Código Civil⁸⁵⁷, que establecía la irresponsabilidad de las personas jurídicas por los delitos y cuasidelitos cometidos por sus directivos o administradores en ejercicio de sus funciones, hasta que en la Reforma de 1968 se clarifica en forma definitiva el viejo texto legal, cambiando drásticamente ahora la solución anterior-

En igual sentido, desde una perspectiva de la teoría general, la determinación o dilucidación de la problemática referida al comienzo y al fin de la persona jurídica, se encuentra influido de manera directa respecto de la concepción o criterio con el cual se establezca el concepto de persona colectiva.

Lo que en otro país, la precisión de su concepto puede ser una alternativa de orden epistemológico o científico, en Argentina se infiere como una suerte de mandato legal por el cual el intérprete se halla obligado a encontrar las respuestas más ajustadas a la normativa general.

856 ZATTI Paolo: “Persona Giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di “persona” nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive”. Ed. Padova, Cedam, 1975, Capítulo Primero, Pág. 3 y ss.-

857 BARCIA LÓPEZ Arturo: “Las Personas Jurídicas – Su responsabilidad civil por actos ilícitos”. Evolución histórica y derecho comparado. Prólogo de Enri Capitant, 2ª edición, Editorial Valerio Abeledo, Librería Jurídica, Bs. As. 1922. Efectúa el autor un recorrido donde explica las diferencias que surgieron en la interpretación del viejo Art. 43 del Código Civil derivadas principalmente de una incorrecta traducción del portugués de las palabras “*sendo que*”, por el adverbio *aunque*, mientras que en realidad debió ser *cuando*. De cualquier manera a nuestro criterio, privó en los comienzos de vigencia del Código no solo la referencia a Savigny, sino también algunas de sus convicciones dentro de la teoría de la ficción que ubicaba a los administradores o directivos, dentro de la teoría clásica del mandato. El actual Art. 43 dispone: “*Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones.*”.-

6.2. Necesidad y conveniencia de lograr un sistema hermenéutico unitario y cerrado en materia de personalidad

Desde otra perspectiva, la cuestión reviste igualmente una indiscutible trascendencia de orden práctico, ya que apunta a la elaboración de un verdadero sistema hermenéutico cerrado, donde es factible utilizar disposiciones tanto referidas a las personas físicas como a las jurídicas y a su vez, dentro de estas últimas, una vinculación necesaria entre las diversas especies con las que se exterioriza en el tráfico jurídico.

Valga algunos ejemplos, a saber: en la legislación nacional existen sin duda una caracterización bastante correcta de las asociaciones y fundaciones a través de la disposición del Art. 33 2º del Código Civil (asociaciones y fundaciones en general) y el Art. 46 (simples asociaciones civiles y religiosas), juntamente como ocurre con la Ley Nº 19.836 (Ley de Fundaciones) y la Nº 20.321 (Asociaciones Mutuales), normativas especiales que completan el cuadro regulando algunas de estas especies, tal como se desprende de sus respectivos contenidos.

Ello no obstante, los procesos de reorganización corporativos (transformación, fusión o escisión), no se encuentran regulados en el Código Civil para las entidades o asociaciones sin fines de lucro y en la realidad se plantearon situaciones donde era menester escindir una fundación, o fusionar dos mutuales, para lo cual no existe norma jurídica alguna.

Por otra parte, la Ley de Sociedades Nº 19.550, reformada en el año 1983 por la Ley Nº 22.903, dispone de una parte general de muy buena factura técnica, donde se encuentran resueltos todos estos movimientos asociativos que en los hechos vinieron a cubrir el vacío legal y resultaron a la postre de aplicación directa a estos supuestos –en todo lo que fuese pertinente por cierto–, sobre la base de una concepción unitaria y completa de la personalidad.

6.3. Necesidad doctrinaria de obtener un concepto unitario de personalidad, salvo que se incurra en el escepticismo crítico inferido de las concepciones «negativistas»

Cualquiera que sea la orientación que han efectuado a través de la historia las más diversas teorías existentes en torno a la persona jurídica, con la sola excepción de las concepciones *negativistas*, se han esforzado en miras a la dilucidación de este problema y como se ha explicado precedentemente, por las características propias de la legislación argentina resulta necesario hacerlo por una suerte de exigencia legal.

Conviene tener en cuenta en este sentido la recordada nota del Codificador al Art. 495 del Código Civil⁸⁵⁸, la que luego de destacar como principio general los inconvenientes de técnica legislativa que traen aparejadas las definiciones –según la vieja fórmula romana de que “*definitio periculosum est*”–, ello no obstante la excepción se especifica de la siguiente manera: “*En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta, o*

858 Nota al Art. 495 del Cód. Civ argentino: “*Nos abstenemos de definir, porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un Código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una materia especial. La definición exacta de los términos de que se sirve el legislador para expresar su voluntad, no entra en sus atribuciones. La definición es del dominio del gramático y del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario, y es de la atribución del profesor cuando la expresión es técnica. En todo caso es extraña a la ley, a menos que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva, a las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley. Lo que pensamos sobre las definiciones se extiende por los mismos motivos a toda materia puramente doctrinal, a lo que generalmente se llama principios jurídicos, pues la ley no debe extenderse sino a lo que dependa de la voluntad del legislador. Ella debe ser imperativa, y sea que mande o prohíba, debe sólo expresar la voluntad del legislador. Así como existe una diferencia notable entre la jurisprudencia y la legislación, así también la ley nada tiene de común con un tratado científico de derecho*”.–

por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una materia especial”

No cabe ninguna duda que al momento del dictado de los Arts. 30, 32 y 51 del Código Civil, que contienen las definiciones de persona en general, persona jurídica y persona física, ha predominado en el pensamiento del legislador la “*inmediata aplicación de sus vocablos*” y al mismo tiempo –porque no se trata de parámetros contradictorios–, la “*influencia en las disposiciones de una materia especial*”, en este caso, por cierto, la teoría general de la personalidad y la necesidad de explicitar la manifestación binaria de la subjetividad en el derecho nacional.

La nota anterior ayuda también a entender las razones por las que Vélez Sársfield no avanzó –como ocurriera verbigracia con la definición de personas físicas de su Art. 51–, en la determinación del concepto de persona jurídica, ya que como dijimos anteriormente, quedo vacua de contenido a través de la utilización un método indirecto de caracterización.

Desde hace años, hemos esbozado una explicación a esta situación y entendemos que al momento en que se redactaba esta parte del Código, se hallaba en plena ebullición el debate de la pandectística alemana entre los partidarios de la teoría de la ficción representados por el ilustre Savigny⁸⁵⁹ y sus contradictores, quienes se enrolaban en la teoría de la realidad, cuyo mayor exponente fue Gierke⁸⁶⁰. Como la doctrina no había logrado una posición consolidada y todavía el fuego cruzado de argumentos abarcaba prácticamente a la totalidad de los grandes juristas de la época, una actitud de prudencia del legislador hizo que evitara tomar partido en una definición legal por cualquiera de los extremos lógicos de esta polémica que aún sigue en vigor pese haber transcurrido más de una centuria.

De cualquier manera y más allá de este dato objetivo, es evidente que influyó preponderantemente en las soluciones y regulación del instituto en estudio el pensamiento de Freitas que en esta cuestión, estuvo fuertemente influenciado por las enseñanzas de Savigny que como todos saben constituye el más conspicuo exponente de la ficción.

7. EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LAS POSICIONES QUE CONSIDERAN A LA PERSONA JURÍDICA SÓLO COMO UNA RELACIÓN JURÍDICA COMPLEJA, CARENTE DE TODO SUSTENTO MATERIAL

7.1. El método histórico como herramienta adecuada para obtener un concepto unitario de personalidad

Hasta comienzos del siglo pasado las diversas teorías que intentaban explicar el concepto de persona jurídica lo hacían reconociéndole siempre algún tipo de *sustancialidad*, sea ella fáctica, como *cualidad inferida* o jurídica, como *cualidad conferida*, a punto tal que tanto los seguidores de ambas tendencias predominantes estuvieron siempre convencidos que la persona jurídica debía ser tratado dentro de la problemática de la persona o de los sujetos de derecho y su construcción jurídica, cualquiera sea de la que se tratase, estaba apoyada sobre un sustento real, tangible, material si se quiere, al cual el derecho modelaba a través de una regulación específica.

Es factible que en cada visión pudiera predominar alguno de los presupuestos necesarios que se reconocían hasta ese momento, como ocurre en la teoría de la ficción con el presupuesto normativo, o la fuerza genética de la ley en el otorgamiento de su cualidad institucional; mientras que en el su-

859 De SAVIGNY M. F. C. : « Sistema del Derecho Romano Actual », traducido por Jacinto Mesía y Manuel Poley, con prólogo del D. Manuel Duran y Bas. 2º edición, Centro Editorial de Góngora, Madrid, t. 2, Parágrafo LXXXV, Pág. 57.

860 GIERKE: “*Das Deutche Genossenschaft*”, publicada en tres volúmenes entre los años 1868 y 1881. Puede accederse a este importante trabajo, a través del libro de Francesco Ferrara sobre persona jurídica, donde se efectúa una magnífica y concisa transcripción de sus aspectos fundamentales.–

puesto de la teoría de la realidad, la presencia del substracto –que no era otra cosa que la reunión de un conjunto de personas y bienes asignados a la obtención de un determinado fin común–, de perfecta diferenciabilidad con lo que conformaban las motivaciones individuales de sus componentes.

Pero ni la ficción, ni la realidad, ni menos aún otras concepciones semejantes, negaron nunca que la persona jurídica fuese un sujeto de derecho, al cual se lo creaba por obra de la ley, pero siempre en función de una serie de presupuestos que era menester cumplir en la realidad, realidad que por otra parte se desplazó de ser esencialmente fáctica, al campo de lo estrictamente jurídico ⁸⁶¹.

Debería quizás reconocerse que después de la obra trascendental de Ferrara, elaborado a principios del siglo pasado, se dejó perfectamente en claro que para el reconocimiento de una persona jurídica, era menester el cumplimiento de dos presupuestos básico por lo menos, a saber: a) *el fáctico*, que se integraba a través de la pluralidad de miembros y bienes afectados a un fin común; y b) *el normativo*, es decir, un reconocimiento explícito o genérico por parte de la ley, de forma tal que ambas exigencias componían lo que podría denominarse como la naturaleza de la persona colectiva.

Cuando parecía haberse llegado a una meseta ideológica, realmente importante en lo que respecta a la elaboración de un concepto técnico y universalmente aceptado del instituto, se desencadena una crisis aguda en la cual todavía estamos inmersos, desatando una de las mayores complicaciones que se haya conocido hasta el presente y de la cual todavía no estamos ciertos respecto de los resultados finales sobre esta cuestión.

¿Cómo explicar esta crisis?

Lo primero que corresponde destacar es que entendemos como lo ha expresado de manera realmente aguda Paolo Grossi, ⁸⁶²que la persona jurídica resulta particularmente influenciada por su itinerario histórico, en razón que se trata de una institución que actúa como una suerte de espejo sensible que refleja la cultura y condiciones sociales y económicos de un pueblo en una determinada circunstancia de su devenir.

De esta manera y a la luz de esta observación, el método histórico obliga a reconocer al menos, tres momentos especiales que merecen de una consideración especial por su influencia sobre el tema que nos preocupa, a saber: a) la transformación experimentada durante más de setecientos años en el Derecho Romano; b) el siglo XIX con el apasionante debate en torno a su naturaleza jurídica y c),

861 SCALFI Gianguido: Enciclopedia Giuridica Treccani, T. XXIII, Istituto dell' Enciclopedia Italiana– Roma, “Persone Giuridiche”, I – Diritto Civile, Pto. 2. 6., Pág. 3 y stes. Sostiene que bajo la influencia y como contraposición a la teoría de la ficción, que unilateralizaba el concepto de persona jurídica desde una perspectiva normativista, resulta imprescindible considerar la importancia y significación de la realidad subyacente, en cuanto importa un verdadero organismo social que conforma un substracto que se genera con anterioridad a la ley y por ende, ésta sólo cumple la función de su reconocimiento. En una versión exagerada del fenómeno, se llegó a considerarla como si se tratase de verdaderos y auténticos “cuerpos sociales” o “unidades sociales vivientes”, circunstancia que exige considerarlas como “entes reales”, que expresan su voluntad en nombre propio, eludiendo cualquier relación de mandato con sus directivos, circunstancia que dio lugar a la llamada “teoría del órgano” que ha cobrado carta de ciudadanía en el derecho vigente. Los excesos de esta orientación científica han provocado el nacimiento de otras líneas de pensamiento moderno que desconocen cualquier tipo de substracto para reducir a la personalidad a un mera relación entre los individuos que la componen.–

862 GROSSI Paolo: Pagina Introduttiva. “QUADERNI FIORENTINI. Per la storia del pensiero moderno” 11/12 – 1982/83; Itinerari moderni della persona giuridica”, t. I, Pág. 5 . En estas breves consideraciones introductorias a este importante encuentro académico, reunido en la ciudad de Florencia en la década del ochenta, el autor de la nota reflexiona sobre la importancia histórica en la precisión del concepto de persona jurídica y de manera especial, la evolución que sufrió según las épocas que se tome por referencia, debido a que se trata de un instituto particularmente sensible a la situación cultural, social o económica del momento en que le toca desarrollar sus funciones en una determinada comunidad. Sus conclusiones nos han sido particularmente significativas para la toma de conciencia de las razones por las que desde hace casi dos mil años, todavía los juristas discuten en torno a su construcción jurídico formal y una de las respuesta la constituye precisamente, la necesidad de tomar en cuenta la limitación que produce la ubicación del instituto en una particular circunstancia temporal de su evolución institucional.–

el siglo XX que apunta analizar acerca del reconocimiento o negación de algún tipo de sustantividad por debajo de la construcción formal.

En la etapa romana, de manera embrionaria, casuística y con evidente fallas de sistema, se llega a producir ese proceso de abstracción necesario, pero no suficiente para que la diversidad sea considerada como unidad, es decir, un centro de imputación diferenciado y autónomo respecto de sus integrantes, objetivación que se alcanza en la célebre fórmula de Florentino (D. 46. 1. 22): “*Quod est universitatis non est singulorum*”,.: lo que es de la universalidad no es de sus componentes.

Si se avanza en el tiempo, es bueno también tener en cuenta lo destacado por Pellizzi ⁸⁶³, en el sentido que cada uno de estos dos últimos siglos mencionados precedentemente, han tenido como protagonista una especie diferente de persona jurídica, el diecinueve de las asociaciones civiles, mientras por el contrario, las sociedades civiles o comerciales se adueñaron de manera casi absoluta de la centuria pasada, situación que ha motivado la necesidad imprescindible de volver sobre la cuestión a los efectos de considerar una serie de fenómenos que nunca tuvieron la trascendencia y alcance que en la época que mencionamos.

Por otra parte, esta observación de las mutaciones históricas y su gravitación sobre la persona jurídica, ha tenido particular influencia en los grandes fracasos para lograr una visión abarcativa o completa de la misma, porque toda vez que parecía haberse llegado a alguna conclusión firme, la realidad ofrecía nuevas alternativas a considerar dejando mutilado el estudio o la conclusión anterior.

La preponderancia de una u otra de las especies de personas jurídicas señaladas en el párrafo anterior (la asociación civil en el ochocientos y la sociedad en el novecientos), han gravitado sin ninguna duda para establecer nuevos parámetros o situaciones nunca antes ocurridas, de forma tal que tales transformaciones se constituyen en el principal aliciente para empujar a los juristas volver sobre la cuestión en miras de la consecución de este objetivo.

Las crisis entonces, que devienen de las características propias de cada época, afectan considerablemente los estudios sobre la persona jurídica, de forma tal que su evolución ha conspirado de alguna manera al logro de un conjunto de precisiones dotadas de la estabilidad doctrinaria necesaria en orden a la obtención de un concepto unitario de persona jurídica.

7.2. El fenómeno de asociacionismo societario del siglo pasado

No hace falta abundar en consideraciones para advertir la existencia de un dato al que se puede acceder sin necesidad de estudios de campo o mediciones específicas a ese respecto: nos referimos obviamente, a que la sociedad en sus mas diversas tipologías o manifestaciones, se muestra como la gran *vedette* o protagonista de los tiempos contemporáneos.

Si la predicción de Troplong,⁸⁶⁴ emitida en la Academia de Ciencias de París en el año 1848, que auguraba el brillante e incuestionable porvenir de la sociedad civil, como verdadera abanderada de la evolución del capitalismo económico fue absolutamente cierta, cabe sin embargo observar que la

863 PELLIZI Giovanni: “Il realismo e l’ inquietudine del giurista”. L’ Ordinamento Italiano e il Diritto Comunitario. (Studi e pubblicazioni della Rivista di diritto internazionale privato e processuale” XII –B – 1966, 559 a 573. Además, en: Riv. Dir. Civ. 1966-I-559.– El autor establece un parangón respecto los protagonismos que cada especie de persona jurídica tuvo en su itinerario histórico, predominando la asociación en el ochocientos y la sociedad en el novecientos.–

864 PALMERO Juan Carlos: “Pasado, presente y futuro de la sociedad civil”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2003 – 2; Sociedades. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2003., Pto. 3, 3.1., bajo el título “*El sueño de Troplong*”, Pág. 28. Hacemos mención a la conferencia que pronunciara el distinguido jurista francés de la cita, en la Academia de Ciencias de París en el año 1848 y cuya transcripción literal constituye nada menos que el prefacio de su tratado “*Le Droit Civil expliqué*” dedicado por completo a un tratamiento integral de la sociedad. Lo interesante de la referencia es visualizar el panorama de la sociedad civil en los comienzos de la era industrial, augurándole un gran porvenir como abanderada de este fenómeno de libertad económica. Obviamente que todavía los tipos limitativos de la responsabilidad no habían hecho su eclosión como ocurriera a mediados del siglo pasado.–

realidad superó inmensamente esta profecía a punto tal que es factible aseverar que la mayor parte de los emprendimientos económicos actuales se vehiculizan a través de algún método o empleo de una figura societaria en sus variadas expresiones.

Es más, razones de orden fiscal, económico, tecnológico y de escala, gravitan para que la actividad empresarial se efectúe utilizando figuras colectivas, quedando relegada la actuación individual a situaciones muy pequeñas y escasas dentro del gran contexto del universo de las relaciones patrimoniales. La evolución del proceso cobra desarrollo muy rápidamente y así del comercio explotado por una persona física, se pasa a una sociedad personalista y luego, una vez superado esta etapa, se adopta la figura de la sociedad anónima o responsabilidad limitada que conforman las expresiones más genuinas del modo de organización de los negocios en el mundo de hoy.

Los hechos descriptos aparecen por igual en todos los países del sistema occidental y de economías libres, a punto tal que ha logrado un reconocimiento técnico asignándoles un nombre específico, el de *asociacionismo societario*, que pone en evidencia el empleo casi exclusivo y excluyente de las sociedades como formas de organización de los emprendimientos lucrativos del tipo.

De esta manera entonces, la proliferación de las sociedades en el terreno de las relaciones patrimoniales, ha generado una multiplicación geométrica de las vinculaciones intersubjetivas, circunstancias que provoca una serie de problemas nuevos y situaciones de las cuales no se tenía experiencia suficiente y que fueron capaces de desencadenar una nueva etapa en el itinerario histórico de la personalidad, tal como intentaremos demostrar a continuación.

7.3. El control societario y su notable influencia en la visión actual de la personalidad colectiva

La tipología de una sociedad, como especie dentro del género de las personas jurídicas, constituye un conjunto de *equilibrios categoriales* estructurados que actúan armónicamente en miras de la consecución del objeto y del interés social. De esta manera, cada uno de sus órganos, el de gobierno, el de administración o el de control, cumplen una función predeterminada por la ley, que consideradas en conjunto, aseguran el desarrollo de su cometido en forma adecuada.

Sin embargo, este orden puede verse alterado cuando una sociedad se encuentra dentro de un grupo o conglomerado de entidades y una de ellas, en razón de detentar participaciones suficientes y mayoritarias como para imponer la voluntad social en otra, logra una unidad de dirección, aunque aparezcan diversas construcciones formales, todo lo que abre un conjunto de problemas que se intentan resolver desde el llamado derecho de grupos.

Hace muchos años, un jurista de la talla de Finzi⁸⁶⁵, sostenía que el control de una sociedad, conformaba una relación de sujeción tan intensa, que resultaba difícil distinguir el cumplimiento de los deberes corporativos de los directivos de la controlada –especialmente el de *lealtad*– (Art. 59 LS.), frente a las instrucciones o disposiciones adoptadas por la controlante, situación que como señalábamos anteriormente, reviste entidad suficiente como para desequilibrar o en algunos casos hasta desnaturalizar el proyecto originario y orgánico, todo ello en razón que el centro de poder queda fuera de los límites propios de la persona jurídica sociedad.

Si visualizamos esta cuestión en una dimensión más amplia, el problema de los grupos de sociedades ha llegado a revestir tanta importancia como para que sea abordado no sólo desde la angu-

865 FINZI Enrico: “Società controllate. (art. 6, D. L. 30 ottobre 1930, n° 1450)”, en “Rivista di Diritto Commerciale”, 1932, I, Pág. 462. En este trabajo el autor describe con notable exactitud las consecuencias que proyecta el control sobre la persona jurídica sociedad, especialmente en lo que hace al equilibrio de sus órganos como así a las posibles desviaciones del interés social, provocando una verdadera crisis que puede llegar a la desnaturalización o disfuncionalidad de su cometido como institución del derecho.–

lación exclusivamente del Derecho Privado⁸⁶⁶, sino también como temas de política vinculados con el tratamiento de la sociedad multinacional y del funcionamiento de la economía de un país en particular. Recuérdese en este sentido el debate del derecho francés⁸⁶⁷ de la década del setenta, cuando se propiciaba la construcción de una responsabilidad civil del grupo unificado, por entender que económicamente eran una sola empresa que obligaba al allanamiento formal de los componentes del grupo, tema que desencadenó –desde el famoso proyecto Cousté⁸⁶⁸ de sociedad anónima europea–, los más apasionados debates del siglo pasado.

En definitiva, si bien la existencia de control es en sí mismo neutro, inocuo y no importa necesariamente una utilización abusiva del mismo, tampoco es posible negar que tales situaciones han desencadenado muchísimos problemas que incluso terminan con el levantamiento del velo o superación de la personalidad, doctrina judicial y en nuestro país legal mediante su explicitación en el Art. 54 LS, que constituye sin lugar a dudas una de las cuestiones de nuestro tiempo.

Pero debe quedar en claro y corresponde señalar que estas vicisitudes de la figura en la época moderna, les fueron completamente ajenas a la pandectística alemana del siglo XIX, donde la persona jurídica de utilización más frecuente era las asociaciones civiles y no la sociedad, por lo que su mayor preocupación estuvo como es lógico destinada a encontrar las fórmulas capaces de superar la tensionalidad natural y hasta situaciones de franca resistencia que le provocaban al Estado.

El empleo de la sociedad como figura colectiva predominante respecto de las otras manifestaciones de este tipo de subjetividad, el control transformado en nuevo instrumento de vinculación entre dos entidades de este tipo y el nacimiento de los grupos, protagonistas indiscutibles del siglo XX, abren una dimensión inimaginable para los juristas decimonónicos, que obliga a un replanteo fundamental en el concepto de persona jurídica, tal como lo explicaremos a continuación.

7.4. Desnaturalización o disfuncionalidad de la persona jurídica

La situación de control, si bien como dijimos puede o no ser utilizado de manera abusiva, lo cierto es que en la realidad existen muchos casos donde el derecho ha debido dar respuesta a lo que con toda agudeza llamaba Federico de Castro⁸⁶⁹ “*ruptura del hermetismo societario*” o el “*dogma de la separación patrimonial*”.

Este fenómeno ciertamente anómalo en la utilización de la persona jurídica, ha obligado a la consideración del tema desde una doble perspectiva, a saber: por una lado, la que podríamos denominar

866 MANOVIL Rafael: “Grupos de sociedades”, Ed. Abeledo Perrot. Para un tratamiento completo del derecho de grupos en la legislación argentina. En igual sentido: PALMERO Juan Carlos: “Unificación y armonización de la legislación latinoamericana en el campo de las empresas multinacionales”, publicado en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, año 10, n° 57, junio de 1977, Pág. 366.

867 COULOMBEL P.: “Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit prive”, Th. Nancy, ed. 1950 pp. 181 ; en igual sentido : H. ROUSSEAU « Les modifications apportée au régime des sociétés à responsabilité limitée par le d. 9 aut 1935 » en J. C. P., 1953. 1. 1129 ; CHAMPAUD Claude: “Les groupes et groupements de sociétés. Contribution à l’étude des entreprises liées », Conseil Supérieur de L’Ordre des Experts Comptables et des Comptables Agrées ». Etude présentée a l’occasion du XXIII Congrès National », Pág. XXXI ; y en “Le pouvoir de Concentration de la Société par Actions », Sirey, Paris, 1962.–

868 El “Proyecto de Sociedad Anónima Europea”, en su Art. 239 inc. 1 determina que “...*la empresa dominante de un grupo es responsable por todas las deudas de las sociedades dependientes del grupo*”; a su vez, el “Proyecto Cousté de Sociedad Anónima Europea”, tanto el de 1970, como así el de 1978, (Cap. III, del n° 7 a 7. 2.) dispone la “... *responsabilidad solidaria de la sociedad dominante por las deudas insolutas de la sociedad afiliada*”. En nuestro país, el Art. 165 del “Anteproyecto de Ley de Concursos Mercantiles” del año 1973, disponía la extensión automática de pasivos de la sociedad controlada a la controlante, lo que motivó una fuerte reacción doctrinaria que al final obtuvo su completa supresión.-

869 DE CASTRO Federico: “La persona jurídica”, Ed. Civitas, Pág. 244. El principio del hermetismo que llevan implícito la autonomía y autarquía de la persona jurídica, fue defendido históricamente frente al Estado, a lo que se agrega en tiempos modernos lo que se llama la ideología liberal, que llevó especialmente en sus comienzos a una suerte de dogma de la separación patrimonial a la que la evolución de la ciencia jurídica de nuestro tiempo ha puesto límites y condiciones para su ejercicio y funcionamiento.

estructural o genético, que alude a las exigencias impuestas por la ley al momento de su nacimiento; pero en otro sentido, hay que agregar una perspectiva *funcional o dinámica*, que controla la relación de coherencia que debe mediar entre la actividad que desarrolla, con el fin común que constituye la razón de su reconocimiento como tal.

Hemos destacado este fenómeno en otras oportunidades trasladando un pensamiento de Juan Vallet de Goytisoló⁸⁷⁰ referido al cumplimiento de las obligaciones cuando se lo aborda desde una perspectiva general y así sostenemos que a la persona jurídica, además de fotografiarla, hay que filmarla, por que al conformar un contrato asociativo, surge del mismo un sujeto de derecho que despliega una serie continuada y permanente de relaciones jurídicas a las cuales es menester analizar e imputar su titularidad a través del paso del tiempo. En otro sentido, se alude a esta misma observación, utilizando las diferencias que existen respecto del cuerpo humano, cuando se lo analiza desde una visión anatómica o de la fisiológica, tal como lo hace la ponencia de esta Academia de Derecho de La Coruña aludiendo a este mismo fenómeno.

Este nuevo perfil exige entonces, una primer consideración del momento genético de la persona jurídica sociedad, donde la doctrina francesa ha resumido las posibilidades de que incurra en *inconsistencia*,⁸⁷¹ a través de la creación de entidades carentes de los elementos necesarios para su sustento fáctico y legal, como ocurre en las sociedades ficticias, fraudulentas o de cómodo.

En cambio, una observación efectuada desde la otra perspectiva, revela la posibilidad que una persona jurídica sociedad, plenamente real y consistente, pueda ocurrir en el curso de su existencia que sea desnaturalizada, desviada, disfuncionalizada con relación al objeto social y puesta o sometidas en cambio, al servicio de fines extrasocietarios sea individuales o grupales, pero siempre ajenos a su razón de ser institucional. La importante elaboración doctrinaria del “*maitre del affaire*”⁸⁷² que

870 VALLET DE GOYTISOLO Juan: “Panorama del Derecho Civil”, Ed. Bosch, Barcelona 1963, Pág. 176 y ss. Es muy interesante el enfoque que tiene para el cumplimiento de las obligaciones como fenómeno general, al que entiende debe apreciárselo tanto como acto jurídico, pero además mediante la apreciación de su perspectiva funcional o en movimiento. Esta misma apreciación puede verse en la moderna literatura italiana en torno al concepto de obligación, donde ha tenido particular influencia la doctrina italiana del siglo pasado y en especial, la obra de Emilio Betti; en igual sentido: NICOLO Rosario: “L’adempimento del obbligo altrui”, Ed. Giuffrè, Milano 1937, cuyo pensamiento tuvimos especialmente en cuenta para nuestra tesis sobre: “El cumplimiento por el tercero”; Ed. Depalma, Bs. As. 1973. Este enfoque dinámico de los actos solutorios habilita una explicación científica por la cual un tercero ajeno al vínculo jurídico inicial u originario, puede inmiscuirse dentro de la relación obligatoria y extinguirla completamente a través de la ejecución de la prestación que satisface el interés del acreedor.—

871 BÈGUIN Jacques: “Les extensions de passif en droit commercial”, These pour la Doctorat, presentada en la Universidad de Rennes el 25 de junio de 1965, t. I, Pág. 37. Entiende por *teoría de la inconsistencia*, la desmaterialización de los presupuestos fácticos de la persona jurídica, situaciones que se configuran en los supuestos de sociedades *ficticias, transparentes o de pura fachada* e igualmente en los supuestos de *confusión patrimonial inescindible*, que a juicio de una extensa jurisprudencia gala exige la aparición del llamado “*deudor real*”, supuesto que se lo contrapone al de *consistencia*, donde se trata de una entidad absolutamente real, pero que resulta desviada o desnaturalizada al momento del desarrollo de su actividad institucional. Como se podrá apreciar, la *inconsistencia* apunta a corregir principalmente los defectos genéticos o constitutivos de irrealidad o transparencia del ente, más que la desviación de la finalidad común, que como es lógico, surge como consecuencia de una actividad desplegada durante la vida social.—

872 VEAUX Daniel: «La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales», ob. cit. Sec. II, Pto. 178, pág.334 y stes. Este es un supuesto donde la sociedad resulta completamente real, consistente y válida desde la instancia misma de su creación, sólo que con posterioridad, como consecuencia de un “*detournement*”, abuso de poder o utilización disfuncional, se produce un sometimiento o sumisión de sus “*finés colectivos*”, al servicio de un “*fin individual*”. Es decir, desde el punto de vista de su perspectiva dinámica, aparece como una desviación funcional del ente moral, que termina afectando la “*causa fin*” o razón de ser de su existencia como sujeto de derecho autónomo e independiente. Esta teoría se conoce bajo la denominación del “*maitre de l’affaire*”, que encontrara caracterización completa y definitiva, en el célebre caso conocido como “*affaire Vidal*” (Journal des Faillites, 1933, Pág. 33) y fuera resuelto por el Tribunal de Comercio del Sena, el día 13 de diciembre de 1927, transformándose en el precedente inmediato de los decretos leyes del 8 de agosto de 1935, que introducen modificaciones al Art. 437 del Código de Comercio francés, fuente directa de nuestra legislación. El fallo consistió en la declaración de la

diera motivo al dictado del Decreto del 8 de Agosto de 1935, modificatorio del Art. 437 del Código de Comercio francés⁸⁷³, constituye el más elocuente ejemplo del proceso seguido en miras a la preservación de la necesaria relación de coherencia que debe mediar entre la sociedad y los fines que constituye su objeto social.

Para resumir esta doble visión: o puede existir el vicio inicial de *inconsistencia*, o por el contrario, una persona jurídica plenamente real y valedera, resulta *desnaturalizada o desviada* de sus propios fines, para ponerse al servicio o someterse a otros intereses individuales o grupales completamente extraños a su estructura legal.

Estos dos supuestos patológicos de la persona jurídica moderna, desencadena una reacción absolutamente natural del derecho que para corregir estos defectos, “levanta el velo” o reconoce la existencia de un “abuso de la personalidad” con la consecuencia de imputar los actos que le correspondían por su titularidad al sujeto de derecho, a las personas o grupos que resultaron responsables de esta situación.

La teoría de la superación de la personalidad, que Argentina la tiene instalada en forma explícita a partir del año 1983⁸⁷⁴, cuando se la incorpora al Art. 54 de LS., siendo uno de los primeros países del mundo que transformó en texto normativo lo que en la mayoría de ellos constituye solo una doctrina jurisprudencial

7.5. La teoría negatoria de la persona jurídica como sujeto de derecho

Debido a los antecedentes expuestos, es decir, proliferación de la persona jurídica societaria, utilización abusiva o disfuncional de la misma y sus consecuencias que llevan al levantamiento o corrimiento del velo o de su construcción jurídico formal, dieron origen a una corriente de pensamiento *negativista*, completamente crítica de la concepción tradicional o *sustancialista*, que relega a la

quiebra individual del Sr. Vidal como accionista de la “Sociedad Central Financiera”, en razón que “*bajo una apariencia regular, escondía la actuación de este accionista*”, por lo que se resolvió que debían tener responsabilidades equivalentes. Frente a los argumentos defensivos del demandado, en el sentido que no se trataba de un supuesto de “*inconsistencia*”, el Tribunal responde que esto no cambiaba para nada el resultado, en razón que Vidal se había comportado como “*mâitrisé*” de la sociedad, pues nombraba los administradores y gerentes a su arbitrio y se servía del “*capital social como si fuesen bienes propios*”, todo lo que fuera corroborado en el expediente de manera plena. En igual sentido, pueden citarse otros precedentes: “*Hôtel de Provence*”, del 13 de mayo de 1929 (D. P. 1930.I. 128), con nota de Rousseau; “*Sauters Etablissement Charles*”, del 14 de noviembre de 1932 (D. 1934-2-178), con nota de Pic.; “*Boulvert Marcel*”, del 11 de marzo de 1927 (D.H. 1928, 397); “*Lamborn*”, del 20 de noviembre de 1922 (S. 1926-1– 305) etc. etc. En miras a una mayor información sobre el tema: HOUIN M.: “El abuso de la personalidad moral en las sociedades por acciones”, en *Revue Trimestrelle de Droit Commercial* – 1955, Pág. 881; en la misma publicación “*Sociétés commerciales – sociétés par actions*”, N° 10 y 11 pág. 1080 y stes.; LEGEAIS R. “L’extension de la faillite sociale. Une mesure contra l’abus de la personnalité morales des sociétés”, en *Revue Trimestrelle de Droit Commercial*, 1957, pág. 290.

873 El texto del agregado al Art. 437 del Código de Comercio francés, expresa: «*En cas de faillite d’une société, la faillite pourra être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens propres*». – Este dispositivo constituyó el precedente directo del Art. 165 de la Ley de Concursos Mercantiles argentina N° 19.551 del año 1973, la que en su exposición de motivos hace una referencia a que la experiencia del derecho francés en la materia, se toma como precedente directo de los artículos agregados en materia de extensión de la quiebra de las sociedades.–

874 PALMERO Juan Carlos: “Fundamento científico de la teoría de la desestimación de la personalidad” publicado en *Revista de Derecho Privado Comunitario*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008, 3 “Abuso de la personalidad societaria” Pág. 69. La Argentina introdujo en forma explícita – a través de la Ley N° 22.903/83–, y a partir del agregado efectuado al Art. 54 LS., el principio de la inoponibilidad societaria, que sobre la base de los grandes estándares con los cuales se había legislado en el año 1968 el abuso de derecho (Art.1071 del Código Civil), construye una figura específica que disciplina no sólo los supuestos de aplicación, sino también y esto constituye a nuestra manera de ver lo más importante, los efectos derivados de esta situación, los que nunca deben ser tratados bajo las reglas de la nulidad –aplicable sólo a los contratos de cambio–, para encuadrarse dentro del régimen de la inoponibilidad, compatibilizándose de esta manera los derechos del perjudicado, con la de los terceros de buena que contrataron con el sujeto de derecho..

figura o a una función instrumental, ubicada exclusivamente en el campo de las relaciones jurídicas, circunstancias que importan el desconocimiento de todo sustento material o abstracto que sirve de anclaje real a su construcción institucional.

Además de estos antecedentes descriptos en el párrafo anterior, no fue ajeno la influencia de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen⁸⁷⁵ y buena parte de la filosofía positivista o analítica⁸⁷⁶, que avanzó sobre este fenómeno descontaminándolo de cualquier condimento que lo acercara a la realidad, para reconocerle única y exclusivamente los mismos efectos que el corchete en la matemática o sea, lograr una imputación unificada de ciertas relaciones existentes entre diversas personas físicas en orden a la consecución de un fin común⁸⁷⁷.

Tampoco fue extraño a la construcción de esta teoría la influencia de las concepciones derivadas del lenguaje, en cuanto consideran que a través de un proceso de comparaciones analógico, por una forma de abreviatura o comodidad, se utiliza terminología propia para las personas físicas –únicos sujetos de derecho–, hacia estas relaciones jurídicas complejas cuya tarea no excede la de conformar un mecanismo técnico de unificación de situaciones meramente individuales y diversas.

De esta manera entonces y por primera vez en el largo proceso y desarrollo del itinerario histórico de la persona jurídica, se contraponen dos grandes vertientes acerca de su explicación científica o legal, tendencias manifestadas en lo que genéricamente puede denominarse el “*sustancialismo*”, donde caben todas las expresiones anteriores, sea de la ficción, de la realidad o institucionalista⁸⁷⁸, y por el otro, aparece el “*negativismo*” que aspira a conformar un nuevo universo de la persona jurídica, en el que obviamente no es preciso analizar sus componentes o sustentos materiales porque no existen, ni tampoco resulta menester la obtención de un criterio unificado debido a la existencia de tantas personas jurídicas como relaciones unificadas puede o no reconocer el legislador.

Más allá de esta evidente negación de toda base de sustentación de la construcción jurídico formal del instituto, lo cierto es que constituye un verdadero cambio o giro copernicano con implicancias evidentes tanto en lo respecta a su regulación legal, como en lo que hace a la proyección de sus premisas al campo de la teoría general del derecho y de los fundamentos mismos de la necesidad de contar con una parte general en los códigos de derecho privado.

El *negativismo* desencadena un verdadero escepticismo crítico, capaz de desandar todos los caminos recorridos hasta este momento, provocando una crisis de dimensiones trascendentes y en plena ebullición, aunque ya se advierte importante doctrina que reacciona en la búsqueda del equilibrio capaz de otorgarle algún grado de estabilidad a este complicado problema.

Como hemos dicho en otras oportunidades, si la cuestión de la superación de la personalidad constituye una de las grandes temáticas de nuestro tiempo, parece difícil que los juristas tengan en

875 KELSEN Hans: ob. cit. Nota 3

876 PINTORE Ana: “Il concetto di persona giuridica nell’ indirizzo filosofico analitico”, “QUADERNI FIORENTINI. Per la storia del pensiero moderno” 11/12 – 1982/83; Itinerari moderni della persona giuridica. t. I, Pág. 720. Demuestra la autora la vinculación que tienen estas concepciones en torno de la explicación técnica de persona jurídica con las corrientes filosóficas positivistas, especialmente las que tienen una connotación con la filosofía del lenguaje, circunstancia que explica de alguna manera esta suerte de apartamiento de estas concepciones de un enfoque estrictamente jurídico y acorde con la realidad y funciones que desarrolla el instituto en la vida real. En esta línea de pensamiento deben ubicarse autores como Hart, D’Alessandro, Ascarelli, Scarpelli, David y Galgano (todos según notas N°s 4, 5, 6, 7 y 8 ob. cit.)

877 De COSSIO Alfonso : “Hacia un nuevo concepto de persona jurídica”, publicado en Anuario de Derecho Civil, 7, 1954, Pág. 653-654; CAPILLA RONCERO Francisco: “La persona jurídica. Funciones y disfunciones”. Editorial Tecnos. Pág. 130 y ss. DE LOS MOZOS José Luis: “La evolución del concepto de persona jurídica en el derecho español”, publicado en “QUADERNI FIORENTINI. Per la storia del pensiero moderno” 11/12 – 1982/83; Itinerari moderni della persona giuridica. t. I, Pág. 847.

878 DUPOUR Alfredo: “La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques », publicado en: “QUADERNI FIORENTINI. Per la storia del pensiero moderno” 11/12 – 1982/83; Itinerari moderni della persona giuridica. t. I, Pág 689.

claro el mecanismo por el cual se desestima la personalidad, cuando a la postre, no pueden determinar una sistema capaz de precisar su concepto. El ejemplo del relojero parece clarificar en buena medida esta situación, en cuanto si no se dispone del plano que sirvió para construir el reloj, es difícil que una vez desarmadas sus piezas, puedan volverse a organizar de la manera proyectada ⁸⁷⁹.

7.6. Las teorías negativistas y el derecho argentino

Cualquier jurista argentino⁸⁸⁰ puede obviamente desde el punto de vista científico ubicarse en la escuela que considere más ajustada a su forma de pensar, sea que se trate de cualquiera de las expresiones *sustancialistas*⁸⁸¹, como adherir según sus preferencias a estas ideas expuestas en el siglo pasado por importantes exponentes del pensamiento científico nacional e internacional, todo lo que diríamos constituye un fenómeno normal en el campo de la evolución y progreso de las ciencias normativas.

Pero si esto es verdad desde una angulación estrictamente especulativa, el derecho argentino vigente tiene una posición claramente *sustantivista*, no sólo si se tiene en cuenta el antecedente explícito de sus fuentes (Savigny y Freitas), sino también derivado del método utilizado para su incorporación al Código Civil y esto no constituye un dato menor, de las propias “palabras de la ley”⁸⁸² que alude sin ningún tipo de dudas a que además de la construcción formal o normativa existe un sustento que hace las veces de anclaje real en la sociedad.

Intentaremos a continuación desarrollar los argumentos que se utilizan para el sostenimiento de esta premisa, a saber:

7.6.1. La persona jurídica como especie dentro de un concepto general de persona

Las personas jurídicas se encuentran reguladas conjuntamente con las personas físicas y bajo una figura genérica de la persona, todo sobre la base de definiciones estrictamente legales, que por tener la fuerza inherente de la ley, no permitirían a un juez apartarse de sus contenidos.

Si por el contrario el legislador hubiese pensado que se trataba de una relación jurídica compleja, capaz de unificar el accionar de varias personas físicas en función de una finalidad común, entonces el lugar adecuado habría sido ubicarlas cuando regula los hechos y actos jurídicos, es decir, en el Libro II, Sección II y no como hizo en el Libro I, Sección I.

879 VERRUCOLI : “Superamento della personalità giuridica”. Ed. Giuffrè. Demuestra las dificultades conceptuales para dar fundamento legal a la superación de la personalidad desde esta angulación del concepto de persona jurídica ya que omitiendo cualquier referencia al anclaje real de la persona colectiva, resulta difícil establecer el juicio que aprecia la relación de coherencia con su finalidad común.-

880 LE PERA Sergio; “Joint Venture y sociedad. Acuerdos de coparticipación empresaria”, Ed. Astrea, Bs. As. 1984. En igual sentido y muy especialmente por la gravitación de su pensamiento sobre el tema: FARGOSI Horacio: “Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica”, publicado en L. L. t. 1988-E-795; y también en: “Notas inoponibilidad de la personalidad societaria”, en L. L., 1985-E-713. El primero de los autores de la cita fue el inspirador del “Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial” de 1987, que se asentaba sobre esta corriente de pensamiento en torno a la personalidad. –

881 PALMERO Juan Carlos: “La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la nación”, publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Depalma, N° 119/120, diciembre de 1987, Pág. 818. En este trabajo formulamos la crítica a la referida iniciativa legislativa desde una perspectiva histórica y legal de la personalidad en el derecho argentino, posición que obtuvo una aceptación mayoritaria en la doctrina. En igual sentido, volvimos de alguna manera sobre el tema en: “La personalidad”, publicado en “Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho societario”. Huerta Grande, Octubre de 1992, Editorial Advocatus, t. 1, Pág. 83 y en: “Las personas físicas y jurídicas como sujetos de derecho en el fin de siglo”, publicado en: “La persona y el derecho en el fin de siglo”, Libro de ponencias, Universidad nacional de Litoral, Editorial Rubinzal Culzoni, Pág. 354. –

882 ORGAZ Alfredo: “Concepto y elementos de la persona colectiva”, en “Nuevos Estudios de Derecho Civil”, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1954, Pág. 222 y stes

Se podrá argumentar que se trata de una cuestión meramente metodológica, pero en este caso en particular y frente al embate *negativista* referido a la necesaria separación de la persona jurídica del tratamiento legal de las personas físicas, la solución legal constituye un desmentido absoluto de esta posición.

7.6.2. Caracterización legal

Si se avanza en la cuestión, las personas jurídicas han sido caracterizadas por la ley como *entes*, tanto en la definición genérica de persona, como así cuando se refiere concretamente a las personas jurídicas.

La palabra *ente* reviste una significación semántica vulgar, la que se emplea en la utilización ordinaria del lenguaje diario y otra con un alcance puramente técnico legal.

Si nos atenemos a la primera de las versiones, *ente* según el diccionario de la Real Academia, debe entenderse como “*lo que es*”, “*lo que existe*” o “*lo que puede existir*”, descripciones todas que aluden a un sustento material y por lo tanto, excluyen cualquiera de las enunciaciones propias de los partidarios de la corriente en cuestión.

En cambio, *ente*, en su significación puramente técnico legal, significa una expresión dotada de la plasticidad hermenéutica como para comprender ambas subjetividades, sea la de la persona natural, o la de la persona colectiva. La conclusión no parece difícil de extraer: si fuese una mera relación, entonces obviamente que no se habría utilizado en dos oportunidades un vocablo con un sentido evidentemente cualitativo.

7.6.3. Amplitud del principio de libertad corporativa

Existen además otros argumentos que sirven para confirmar y consolidar las conclusiones inferidas de los textos legales. La Argentina se ubicó desde sus mismos comienzos dentro de las legislaciones de reconocimiento amplio de la libertad corporativa o de la personalidad, tal como ocurriera por ejemplo con la sociedad civil, que mientras que en otros países se la ponía en duda como sujeto de derecho, en cambio el Art. 1648 del Cód. Civ, ya a mediados del siglo XIX, la reconoció como persona jurídica sin la menor duda, dato que al momento de la reforma del Art. 33 del mismo ordenamiento en el año 1968 ratifica esta orientación a través de la mención expresa del texto legal (Art. 33 2º del Cód Civ.)⁸⁸³.

Algo semejante ocurrió con tipologías específicas de la Ley de Sociedades, como ocurre con las sociedades personalistas (sociedad colectiva Sección Primera, Art. 125 LS), que de igual manera y desde los mismos comienzos históricos, siempre se les acordó el carácter de sujetos de derecho como centro de imputación diferenciada. El aludido Art. 33, 2º del Código Civil y los Arts. 1 y 2 de la Ley de Sociedades, conforman y corroboran plenamente esta orientación.

7.6.4. El reconocimiento de la personalidad de la sociedad de hecho o irregular

El papel definitorio que los *negativistas* le asignan al Estado al momento genético de la personalidad colectiva, de ninguna manera se refleja en la legislación nacional. Al contrario, existen ejemplos importantes que demuestran más bien una tendencia opuesta.

883 BORDA Guillermo: “La Reforma de 1968 al Código Civil”, Editorial Perrot, Bs. As., 1971, Parágrafo 4, Pág. 58 ss.— Explica el autor —su opinión reviste especial importancia por su gravitación científica en la Reforma de 1968—, que la reelaboración del Art. 33 del Código Civil, al que se agregó el Art. 46 que trata de las simples asociaciones civiles y religiosas, vino a poner fin a estériles controversias que la mayor parte de los abogados recibían como verdadera sorpresa por no ajustarse a la realidad del tráfico de los negocios.—

La sociedad de hecho o irregular fue desconocida, desalentada y negada por todos los recursos legales que tuvo a su disposición el legislador, para inducir a los particulares a encontrar fórmulas asociativas dentro del sistema de tipología legal⁸⁸⁴.

Sin embargo, siendo este modo de emprendimiento de negocios iniciales, parentales o informales muy frecuentes en las costumbres del país, su tratamiento obtuvo una evolución en el tiempo que recorre prácticamente todo el arco de soluciones posibles, transitando sin ningún tipo de problemas desde una completa negación, hasta el reconocimiento, primero por la jurisprudencia y después como figura específica dentro de la Ley de Sociedades de 1973 (Art. 21 LS).

Adviértase que en Italia todavía se discute la personalidad de la sociedad simple⁸⁸⁵, mientras que para nosotros ese tema ya resulta absoluta y completamente superado, por lo que cada día de manera más explícita el derecho tiende por diversos rumbos a la consolidación de este modo informal de afrontar emprendimientos colectivos.

Algo semejante ha ocurrido en Francia donde se dispone que la sociedad adquiere su personalidad sólo con la inscripción en el Registro Público⁸⁸⁶. Sin embargo, a través de la jurisprudencia, la actividad común externa y en razón de la apariencia generada a terceros de buena fe, ha terminado resolviendo el problema a través de la fórmula de la personalidad.

7.6.5. El proyecto de “Unificación de la legislación civil y comercial de 1987”

Hay un precedente igualmente interesante. El “Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial” elaborado en el año 1987 por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, pretendió suprimir las definiciones de los Arts. 30, 32 y 33 2º del Código Civil, lo que implicaba en lo hechos, derivar a los jueces la atribución de determinar en cada caso cuando se producía el nacimiento de una persona colectiva, iniciativa que fue objeto de innumerables críticas de la doctrina argumentándose que para la preservación del valor certeza, era conveniente mantenernos con la estructura tradicional de explicitación del concepto de persona jurídica en la forma y condiciones reguladas en la actualidad.

7.6.6. Conveniencia de la teoría de la personalidad

Por último, es bueno señalar que la teoría de la personalidad no constituye una rémora o ideología que conspira contra el progreso de las instituciones jurídicas sino por el contrario, importa un verdadero avance como herramienta válida para adecuar los emprendimientos colectivos a la forma más adecuada y conveniente para el logro del propósito o finalidad común.

En este sentido es bueno tener en cuenta que casi todos los distintos proyectos de reforma del Código Civil⁸⁸⁷ que ha experimentado nuestro país en los últimos años –salvo la excepción anterior

884 ETCHEVERRY Raúl: “Sociedades irregulares o de hecho”, Ed. Astrea, Bs. As. 1981. El autor aporta importantes antecedentes en torno a la evolución que experimentara la sociedad de hecho e irregular en el derecho nacional, especialmente de la manera en que se fue abriendo camino hacia un reconocimiento explícito de su tipicidad en el estatuto societario vigente.–

885 BOLAFFI Renzo: “La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone” Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 1975. Parágrafo 8, Punto 8. Pág. 133. Desarrolla el autor la explicación de la *societas simple* en el derecho italiano, como contrato con comunidad de fines.–

886 ROITMAN Horacio: “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada” ob. cit., t. I Pág. 90. Se trae a colación el art. 6º del *Code des Sociétés* (I 206 –6), que dispone: “*Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés* ». Sin embargo, en situaciones donde ha existido actuación común externa con anterioridad a su matriculación, se la ha considerado como persona jurídica frente a terceros de buena fe, fundando la decisión en la teoría de la apariencia, lo que a la postre importa un fuerte reconocimiento de la realidad.–

887 “Unificación de la legislación Civil y Comercial. Proyecto de 1993”, Editorial Zavalía, 1993. Es importante poner de relieve que esta iniciativa legislativa, modifica su antecedente inmediato –el Proyecto de 1987–, volviendo a la concepción tradicional de nuestro Código Civil, pero con una particularidad: se introduce la regulación específica

de 1987, que por otra parte se constituyó en una de las razones de su fracaso—, en la mayor parte de ellos se ha mantenido esta estructura legal e incluso avanzado en algunos aspectos importantes que obviamente no se tuvieron en cuenta al momento de su sanción.

Como no podía ser de otra manera, nuestro ordenamiento positivo tiene en cuenta sólo los contratos de cambio, omitiendo de manera absoluta los llamados contratos asociativos que constituyen uno de los caminos o basamentos para el nacimiento de la personalidad.

En todas estas iniciativas se ha considerado conveniente avanzar en esta orientación y de esta manera se disponen algunos preceptos en orden a regular este tipo de acuerdos contractuales que no tienen en cuenta el sinalagma, intercambio o disposición de prestaciones, sino que por el contrario, disciplinan los efectos de los acuerdos necesarios en orden a la consecución de un fin común, con sus implicancias respecto de su cumplimiento y el tratamiento particularizado de la invalidación o nulidad.

8. LA SUSTANCIALIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN LOS TIEMPOS ACTUALES.

8.1. Precisión de su contenido y alcance

A la luz de los antecedentes desarrollados en el presente trabajo y a partir del marco legal que condiciona las premisas expuestas en los puntos precedentes, corresponde formular algunas consideraciones en torno a lo que debe entenderse por *sustancialidad* propia de la persona, a la luz de la evolución y desarrollo de las concepciones actuales en torno a la personalidad.

Los textos legales no restan libertad a los juristas para ajustar sus contenidos a la evolución de la ciencia respecto de lo que conforma el sustento mismo de un sujeto colectivo, sobre la base de una construcción o elaboración doctrinaria a partir del texto legal.

Queda claro la importancia del Estado a través de su poder legisferante para el reconocimiento expreso o genérico de los sujetos colectivos, presupuesto indispensable para poder conformar unidad a través de una abstracción, de lo que en la realidad conforman un conjunto de personas físicas.

Igualmente tenemos presente que un sujeto colectivo nace tanto de la disposición de la ley, como de un contrato asociativo⁸⁸⁸, circunstancias que legitiman a ambos supuestos como fuentes para la creación de un sujeto de derecho.

En el mismo sentido corresponde destacar que la facultad del legislador, si bien es necesaria, de ninguna manera resulta suficiente para otorgar esta cualidad a su sólo arbitrio o decisión y es menester de alguna manera, formular una referencia imprescindible al sustento o anclaje real del ente a crear. Cabe recordar que cuando la Ley Sociedades argentina en su Art. 377 creo las llamadas “Uniones Transitorias de Empresas”, negándoles de manera expresa su personalidad, a pocos días de ocurrido tanto el Derecho Fiscal como el Laboral le dieron el tratamiento unitario de una sociedad de hecho, lo que desmintió en la vida real el mandato mismo del legislador.

de los contratos asociativos, desde el Art. 1648 al 1651, lo que implica completar la disciplina de estos acuerdos como categoría independiente de los contratos de cambio. A su vez, el “Proyecto de Código Civil de la República Argentina” de 1998, publicación oficial del Ministerio de Justicia de la Nación, Bs. As. junio de 1999, no se establece ninguna variación a este respecto, donde se reproduce la fórmula del anterior, circunstancia que puede considerarse como una posición consolidada en el derecho nacional.-

888 FERRO- LUZZI Paolo: “I contratti associativi” Ed. Giuffrè, Milano 1976; APARICIO Juan Manuel: “Contratos – Parte General/ I”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1997, Parágrafo 134, Cap. XII, Pág. 163 ss; RICHARD Efraín Hugo: “Relaciones de organización. Sistema societario”, Ed. Advocatus 2007, Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Cap. II, Pto 5, Pág. 72.

8.2. El sentido de sustancialidad como contraposición a la teoría de la negación

Cabe entonces a esta altura del trabajo interrogarse lo que se entiende por *sustancialidad*, como contraposición a la teoría de negación de la personalidad.

En primer lugar, conviene hacer algunas precisiones relacionadas con lo que la doctrina tradicional ha denominado desde siempre como el presupuesto fáctico de la persona jurídica, al que además se agregaba el presupuesto normativo, quedando de esta manera descripta su naturaleza jurídica.

Esta suerte de basamento real, se concibió por diversas doctrinas tradicionales como una *cualidad*, cuyo término alude o refiere sin ninguna duda, al de *capacidad*, en tanto constituye un aptitud o grado de aptitud para el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de los deberes.

De esta manera, la personalidad podía entenderse como una “*cualidad conferida*”, en tanto el Estado tuviese el poder de otorgarle su existencia legal (teoría de la ficción); o por el contrario, se trataría de una “*cualidad inferida*”, en cuanto sólo se daría forma a una sustancia u organismo económico social preexistente, que cobra exteriorización necesaria como consecuencia del instinto gregario del hombre (teoría de la realidad).

A partir de estos presupuestos, Ferrara⁸⁸⁹ logra una superación integrativa sobre una construcción binaria, en el sentido de que ambos elementos conforman los presupuestos imprescindibles para llegar a la construcción de un concepto unitario y universal de la figura en cuestión.

8.3. Pluralidad de miembros

Pero esta suerte de *sustancialidad* tradicional, asimilada o subsumida al concepto de *cualidad*, recibe fuertes embates derivados principalmente del fenómeno del asociacionismo societario anteriormente recordado, que ponen en tela de juicio conceptos que se habían tenido por ciertos durante muchísimos años.

No cabe duda que la pluralidad de miembros era uno de los elementos necesarios que componían el presupuesto fáctico de la personalidad, diversidad que por otra parte, conformaba una suerte de basamento lógico para reconocer un interés común independiente o distinto del de cada uno de los integrantes de la persona colectiva.

Tanto si se observa el itinerario histórico, como así diversos supuestos actuales de *inconsistencia* material de una persona jurídica, todas aluden –como una de tales causas–, a la pérdida de la pluralidad de miembros, sea al momento de su constitución –que da lugar al difícil problema de la simulación societaria⁸⁹⁰–, como así cuando se trata de una situación sobreviniente, es decir, que acaece en el devenir de su actividad, sin que haya sido la consecuencia de un propósito deliberado de generar estos efectos.

Recuérdese el importante precedente del Derecho Romano cuando lograron explicar que una *universitas*, aún en el supuesto que haya perdido a todos sus miembros a la vez, sigue existiendo como tal, lo que eleva principio de diferenciación a una jerarquía superior a la normal para esa época del desarrollo de su concepto.

889 FERRARA Francesco: “Teoria delle persone giuridiche”, Napoli, Torino, 1915. Este autor logra la superación de la contraposición entre la teoría de la ficción, con la teoría de la realidad, a partir de un concepto superador e integrativo de los dos elementos o presupuestos fáctico y normativo, considerados como una realidad jurídica.-

890 PALMERO Juan Carlos : « Negocio jurídico indirecto. Simulación de la sociedad anónima”. L. L. Año LXIX, N° 174, del miércoles 7 de setiembre del año 2005. Explicamos la imposibilidad de trasladar las fórmulas propias de la *mulidad*, adecuada para los actos jurídicos, a los sujetos de derecho que despliegan en cambio una actividad , donde corresponde entonces aplicar la *inoponibilidad* como causal invalidatoria, todo ello en orden a la preservación de la estabilidad de las transacciones jurídicas.-

Así las cosas y como todos conocemos, luego de ese gran debate que hubo entre la empresa individual de responsabilidad limitada y las sociedades de un único socio, es evidente que en el derecho comparado ha triunfado esta última posición, por lo que seguir considerando a la pluralidad como presupuesto necesario de la *sustancialidad*, parece, hoy algo bastante complicado, aún en los países como el nuestro que aún no han logrado incorporar el instituto al bagaje legislativo.

El ejemplo del Art. 1832 del Código Civil francés (modificado por la ley n° 85-697 del 11 de julio de 1985), dispone que la sociedad se *instituye* por dos o más personas que acuerdan por un contrato afectar a una empresa común sus bienes o industrias en miras a dividir sus beneficios o pérdidas económicas que pueden resultar, pero a renglón seguido y en el párrafo segundo se establece que “*Ella puede ser instituida, en los casos previstos por la ley, por el acto de voluntad de una sola persona*”, situación que pone por tierra de manera definitiva, uno de los elementos considerados como imprescindibles del presupuesto fáctico de la personalidad a la luz del pensamiento tradicional ⁸⁹¹.

Esta nueva consideración de fenómeno de la unipersonalidad ⁸⁹², nacido obviamente de las exigencias del tráfico antes que de las elucubraciones teóricas de los juristas, obligan a repensar los alcances de seguir entendiendo como fórmula absoluta la pluralidad de miembros como base misma necesaria de cualquier sustento real.

8.4. Existencia de bienes asignados a un fin común

Otro de los elementos que según la concepción tradicional entiende que conformaba su presupuesto fáctico, consiste en la disponibilidad de un conjunto de bienes asignados al cumplimiento del fin común, los que se manifiestan de manera diferente según la especie o tipología de la persona jurídica de que se trate, pero que a la postre, tienen en común esta surte de materialidad constitutiva.

Esta referencia a la necesidad de un sustento material, derivación del principio de diferenciación o alteridad, se infería de una simple observación de la experiencia ya que detrás de toda construcción jurídico formal de las personas colectivas, en la gran mayoría de los casos, es factible encontrar cosas, bienes o servicios aportados como instrumentos necesarios en orden a la consecución del fin común, que le ha valido su reconocimiento explícito o genérico por parte de la ley.

Es claro que estos componentes de ninguna manera deberían confundirse con la concepción antropomorfa de la teoría de la realidad, como una suerte de esencialidad sociológica natural para conformar – a semejanza de lo que ocurre con las personas físicas –, organismos sociales cuya existencia debe admitirse como anterior al derecho y a los que la ley no hace otra cosa que confirmarlos y legitimarlos como sujetos de derecho.

Pero esta evidente exageración –derivada de un error metodológico importante –, no autoriza ni justifica a experimentar un giro copernicano hacia el extremo contrario, en el sentido que la persona colectiva constituye sólo una relación jurídica compleja, de valor exclusivamente instrumental, capaz de unificar un centro de imputación diferenciado con relación a las personas físicas que la componen.

Lo cierto es que más allá de estos extremos del debate, el mundo moderno ha demostrado la existencia de personas jurídicas que carecen de todo sustento material, capital, cosas o bienes, lo que abre

891 HUGOT J. – RICHARD J.: “Les sociétés unipersonnelles. Lois n° 85-697 du 11 juillet 1985 » Editorial Itec Droit. Fo.– El autor efectúa un completo estudio de la conversión de la sociedad como acuerdo plurilateral entre dos o más personas a la posibilidad de ser instituida por una sola, todo lo que importó un verdadero cambio fundamental en el sistema societario francés, modificación que ha sido absorbida adecuadamente y fue la respuesta a una exigencia evidente del tráfico.

892 GRISOLI Angelo: “Le società con un solo socio”, Ed. Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1971. La monografía más completa que se haya escrito sobre esta difícil cuestión del moderno derecho societario, tanto cuando el fenómeno aparece al momento genético o constitutivo como así en el supuesto que acaece durante la vida de la sociedad.

un importante margen de dudas con relación a la esencialidad de este componente como elemento básico de su construcción jurídico formal.

De esta manera entonces, la realidad demuestra que en diversos ordenamientos jurídicos del mundo existen personas jurídicas unipersonales en su momento genético lo que excluye la pluralidad subjetiva, como así igualmente es factible también advertir su existencia careciendo por completo de cosas materiales, bienes o servicios como aportes para el desarrollo de su funcionalidad institucional, todo lo que abre un importante debate en torno a lo que debe considerarse como sustantividad subyacente del sujeto de derecho.

9. HACIA UNA VISION MODERNA DE PERSONALIDAD COLECTIVA

Las relaciones efectuadas precedentemente – en razón de seguir empeñados en la conveniencia y necesidad de encontrar una fórmula unitaria de personalidad, con capacidad para abarcar a cada una de sus especies–, nos obliga a elaborar una nueva visión de la persona jurídica, que recoja buena parte del camino recorrido en su itinerario histórico, y que al mismo tiempo refleje aquellos elementos que en la actualidad se advierten y aparecen de modo ostensible y universal en todas y cada de las manifestaciones del fenómeno corporativo.

Antes de pasar a la enumeración de tales elementos, debemos señalar que ningún concepto de persona jurídica podrá lograr la validez técnica, si no encuentra en la ley positiva su corroboración y aceptación, porque de lo contrario, estaríamos incurriendo en una suerte de conceptualización abstracta, carente por completo de anclaje legal respecto de un instituto de tanta utilización en la vida diaria y en definitiva, habríamos incurridos en los mismo defectos que pretendemos superar-

Ello explica de alguna manera nuestra aseveración inicial en el sentido que para hablar de la persona jurídica en el derecho argentino, resulta imprescindible partir de los límites que nos impuso la ley y dentro de esos parámetros, intentar elaborar una concepción científica, con verdades capaces de adquirir valor universal.

Por último, los juristas no debemos olvidar que las asociaciones civiles, fundaciones, mutuales, sociedades civiles y comerciales y demás entidades colectivas, lucen su presencia en las comunidades nacionales con mucha anterioridad a que se construyera toda esta serie de desarrollos científicos, circunstancia que constituye un punto de referencia para no perder la mira y manejanos dentro del campo del derecho existencial o vivido, el que utiliza el operador todos los días y al que en definitiva deben servir toda esta serie de inquietudes académicas.

9.1. Titularidad de una imputación diferenciada: Sujeto de derecho

El primer rasgo que actúa como condición necesaria, aunque no suficiente, consiste en lo que la doctrina denomina como “*principio de diferenciación*” o “*alteridad*”⁸⁹³, cuando el derecho crea un centro de imputación único y diferenciado respecto de una relación de organización en miras a la consecución de un fin autónomo.

Los romanos⁸⁹⁴ explicaron este proceso por el cual a través de un mecanismo de abstracción y objetivación, cobraba unidad lo diverso o plural, de forma tal que la imputación de las relaciones

893 DI MAJO Adolfo – PRESTIPINO Michele: “Persone giuridiche” III – Diritto comparato e stranieri” publicado en “Enciclopedia Giuridica Treccani”, Istituto dell “E” Enciclopedia Italiana” T. XXIII, Ptos. 1.2. y 1.3.

894 ORESTANO Ricardo: “Il “problema delle persone giuridice” in diritto romano”. Ed. Giappichelli – Editore – Torino 1968., I, . La evolución histórica de la construcción del concepto de persona jurídica a través de la elaboración del derecho romano a través de sus setecientos años, constituye la fuente más importante de precedentes en torno a la reconstrucción moderna, todo lo que a nuestro criterio legitima el método puesto de relieve por Paolo Grossi, ob. cit. de este trabajo. En igual sentido: PETIT Eugene: “Tratado Elemental de Derecho Romano” Desarrollo histórico y exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el Emperador Justiniano, con una introducción sobre Importancia del Derecho Romano por Rudolf Von Ihering, Editorial Albatros, Bs. As.

jurídicas obtenía una titularidad unificada e independiente de sus componentes o miembros que la integran. El párrafo ya recordado del Digesto de Florentino, (D. 44. 1. 22) resulta la mejor definición de este proceso, cuando afirma: “*Quod est universitatis non est singulorum*”⁸⁹⁵, o dicho de otra manera, lo que corresponde a la universalidad debe distinguirse y cobra autonomía respecto de sus componentes.

También se trata de una derivación del propio razonamiento lógico del mecanismo de construcción de dicha titularidad, porque lo que se imputa a un sujeto determinado, no puede al mismo tiempo y en igual circunstancia pertenecer a otro u otros por una simple consecuencia derivada de estas premisas.

Al atribuirse la titularidad de una determinada relación jurídica, se genera una suerte de *imperativo categórico*, en cuanto no hay posibilidad alguna de encontrar estados intermedios, zonas grises o a mitad de camino entre el ente en cabeza del cual se atribuye dicha titularidad, con otro ente o personas que lo integran. Solemos poner como ejemplo a este respecto, la conocida fórmula de Shakespear: “*To be or non to be*”, se es, o no se es titular, esa es la cuestión fundamental que subyace a este instituto legal.

Una derivación del *principio de diferenciación o alteridad* del centro imputativo, acarrea inevitablemente la actuación “*nome proprio*”, excluyéndose cualquier posibilidad de hacerlo “*nome alieni*”, aún en los más diversos supuestos o especies que pueda darse en la realidad. La titularidad del ente importa una actuación directa a través e sus órganos y no mediante intermediarios o interpósitas personas, circunstancia que hace que todos los actos lícitos o ilícitos le puedan ser atribuidos en sus más diversas o distintas consecuencias.

Estas dos premisas que atribuyen e imputan los actos al ente abstracto, permite extraer varias consecuencias tanto en el derecho sustantivo, como en el procesal, manifestándose fundamentalmente en el primer caso, la posibilidad de poder entablar relaciones jurídicas válidas del ente con las personas que lo integran y en el segundo, desarrollar cualquier actividad procesal con completa autonomía. Conviene traer a colación que uno de los primeros rasgos embrionarios de la personalidad que aceptaron los pretores romanos, era justamente el de reconocer la viabilidad que el miembro de una corporación, podía ser testigo en una causa donde ella era parte, prueba a nuestro juicio más acabada del funcionamiento de este enunciado que actúa como basamento mismo de la construcción de la personalidad jurídica⁸⁹⁶.

Por todas estas circunstancias, y en razón de esta titularidad absolutamente autónoma e independiente, el derecho le atribuye la calidad de sujeto, porque resume en si mismo el ejercicio en plenitud de las posibilidades y facultades acordadas por el ordenamiento positivo.

Apéndice III, Pto. 136, Pág. 223; IGLESIAS Juan: “Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado” 8º Edición revisada y aumentada. Editorial Ariel, S.A. – Barcelona, Parágrafo 38, Pág. 164; BLANCH NOUGUES José María: “Régimen Jurídico de las fundaciones en el derecho romano”, ob. cit. Nota ° 44, Capítulo I, Punto I, Pág. 20 ss. TABOSA Agerson: “Direito Romano” 3º Edición, Fortaleza 2007, Pto. 3.2. Pág. 139; De SAVIGNY M. F. C.: “Sistema del derecho romano actual”, 2º edición, Tomo Segundo, Centro Editorial de Góngora, Madrid, Parágrafo LXXXV, Pág. 57. IMPALLOMBINI Giambattista: “Persona giuridica (Diritto romano)” publicado en Novissimo Digesto Italiano. Diretto: Antonio Azara e Ernesto Aula. Ed. Unione Tipografica Editrice Torinense, t. XII, Pág 1029.; DI PIETRO Alfredo: “Las personas” en Derecho Privado Romano, Pág. 99 yss.

895 ULPiano (D. 3. 4. 7.1.) “Si algo es debido a la universitas, no le es debido a los particulares, ni aquello que debido a la universitas lo deben los particulares”. Textos anteriores, se refieren al “*municipium* o a la *civitas (universitas municipium o civium)*, lo que quiere significar el texto citado es que las obligaciones contraídas por los magistrados del *municipium* debe siempre responder o demandar a la “colectividad” y no las personas en forma particular.

896 BLANCH NOUGUES José María: “Régimen Jurídico de las fundaciones en el derecho romano”, ob. cit. Nota ° 44, Capítulo I, Punto I, Pág. 22 ss. Refiere el autor que una de los primeros reconocimientos que se formulara al principio de diferenciación en esa evolución que sufriera el derecho romano, lo constituyó precisamente la posibilidad de que un miembro de la *universitas* declarara como testigo en una causa que la involucraba como parte en la contienda procesal.

El Art. 36 del Código Civil dispone: “*Las corporaciones, asociaciones etc. serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ellas*” .

Estas consideraciones inferen igualmente, la necesaria existencia de un *patrimonio*⁸⁹⁷, sobre el cual se proyectan los efectos derivados de la titularidad, atributo que constituye conforme la definición tradicional, una “*universalidad jurídica*” compuesta de derechos y deberes.

Pero siguiendo la lógica rigurosa de su funcionamiento, la existencia de un patrimonio independiente, no debe asimilarse a las cuestiones de responsabilidad o comunicabilidad con otros entes o personas según las diversas especies o tipologías de las personas colectivas, ni este dato puede conformar tampoco un elemento en si mismo determinante de la figura legal.

De esta manera, debe quedar suficientemente en claro que aún en las estructuras corporativas que se hallan completamente ligadas a sus componentes, como ocurriría con los integrantes de una sociedad de hecho o irregular, que responden personal y solidariamente por el pasivo social; o como sucede en las sociedades civiles, que lo hacen en forma subsidiaria, luego que los acreedores hubiese excutado los bienes de la entidad y por fin, en las tipologías que logran un grado de separación completa, en todas ellas, el centro de imputación permanece absolutamente idéntico e incólume y sin que esas particularidades con relación al régimen de responsabilidad, puedan gravitar en orden al razonamiento de la construcción del *principio de diferenciación* o del reconocimiento como un centro de imputación diferenciada. Algunas veces se ha distinguido –como si hubiese una personalidad más perfecta que otra–, según el grado de comunicabilidad de los patrimonios del ente abstracto y sus componentes, lo que constituye un error a la luz de la moderna concepción de esta figura.

Importaría incurrir en una inexactitud técnica afirmar que desaparece un centro de imputación diferenciada, por la sola circunstancia de funcionar dentro de un sistema de comunicabilidad completa, porque aún y hasta en los supuestos más extremos, siempre el acreedor societario o corporativo tendrá prelación respecto de los acreedores personales de los socios o integrantes de esa entidad.

9.2. Relación jurídica de organización o abstracto

Dijimos que la existencia de un centro de imputación diferenciada constituye una condición necesaria, pero no suficiente de la personalidad colectiva. Y esto es así porque si no media una organización (también denominado substracto o presupuesto fáctico) que especifica y regula su funcionamiento y responsabilidad, la sola unificación de la titularidad no llega por si misma a conformar el nacimiento de una persona jurídica en sentido técnico.

Por otra parte, existen algunas situaciones donde el derecho reconoce un cierto grado de separación patrimonial, pero este dato por si mismo y sin la existencia de una organización jurídica carece de entidad suficiente como para dar nacimiento a una persona colectiva.

Es importante también destacar que a partir de la proliferación del empleo de las figuras colectivas en el mundo de los negocios, ha quedado perfectamente en claro que la misma puede surgir tanto de un contrato asociativo, como de una imposición legal, sea través de normas genéricas o específicas en el otorgamiento de esta cualidad.

897 LLAMBÍAS Jorge Joaquín: “Tratado de Derecho Civil – Parte General” ob. cit., t.II, n° 1286. Define al patrimonio como el conjunto de los derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria y a su vez el Art. 2312 del Código Civil lo caracteriza como “*El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio*”. Se trata de una universalidad de bienes que importa toda pluralidad que resultan tratados como un todo. En consecuencia, estamos en presencia de una masa de bienes considerada de manera independiente de los elementos que la componen, los cuales pueden cambiar o disminuir sin que se altere el conjunto como tal.–

De alguna manera, la evolución del fenómeno corporativo, ha venido a demostrar que el Estado no tiene el protagonismo de iniciativa absoluto en lo que respecta al nacimiento de una persona jurídica, abriéndose de esta manera la visión decimonónica del evidente predominio gubernamental que había puesto de relieve de manera muy especial la teoría de la ficción.

El Código Civil argentino no trató como figura típica a los *contratos asociativos*⁸⁹⁸, ya que sólo tuvo en cuenta la categoría de los *contratos de cambio*, donde la autonomía de la voluntad otorga contenido y determinación de cada una de las contraprestaciones que conforman el sinalagma o de las prestaciones recíprocas.

En cambio, dentro de la perspectiva moderna del régimen de los contratos, esta diferenciación constituye una clasificación importante, sobretudo cuando se advierten las diferencias que median entre ambos supuestos, caracterizándose los contratos asociativos como el acuerdo de dos o más personas que efectúan aportes de bienes o servicios en miras a la consecución de un fin común.

Este tipo de convención, a diferencia de su contraria, las partes no contraponen los deberes o prestaciones a cumplir –que a su vez se hallan perfectamente individualizadas–, sino que el sentido vinculatorio del acuerdo se traduce en una actitud de mutua cooperación, ordenada sobre una perspectiva teleológica, donde lo importante es el esfuerzo conjunto en miras a la consecución de la finalidad común que conforma la base misma del negocio.

La otra alternativa proviene directamente de la ley, sea porque impone la necesidad de un reconocimiento explícito –como ocurre en el campo de las asociaciones civiles–, o de un reconocimiento genérico, tal como sucede con las sociedades cuya determinación se efectúa en su versión más amplia, sin perjuicio de las diversas diferenciaciones que se infieren de la tipificación particularizada.

Cualquiera sea la causa genética de la persona colectiva, sería absolutamente imposible su desconexión completa con cierta sustancialidad que subyace según las características propias del contrato celebrado o por la voluntad del legislador, pero por uno u otro camino se llega a la realidad material que actúa como sustento fáctico de estas figuras legales.

¿Cómo concebir una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, sin la completa integración de su capital social? ¿Cómo entender la figura de la sociedad, en absoluta prescindencia de la empresa, como substracto necesario de la institución legal? De igual forma, parecería imposible la constitución de una fundación, en tanto no exista un patrimonio asignado al desarrollo de la idea altruista de su fundador. ¿Podría en el derecho nacional, solicitar la inscripción de una sociedad, sin el cumplimiento de la pluralidad subjetiva *ab initio*, o sobreviniente omitiendo la configuración de una causal de disolución?

Pero hay ejemplos todavía más elocuentes en miras a la visualización del problema que nos ocupa. ¿Cómo podría reconocerse la personalidad de las sociedades de hecho o irregulares, sin que se tenga en cuenta los aportes de los socios, un estado de cuentas y la actuación común externa? O en otro sentido, peticionarse la superación de la personalidad por disfuncionalidad, sin hacer un examen objetivo de la relación de coherencia entre los elementos que componen el substracto y el fin común?

Todos estos interrogantes, cuya respuesta negativa resulta obvia, nos permiten una visión absolutamente real de la figura, lo que está muy lejos por ello de entender que ese substracto constituya un organismo atropomorfo de existencia propia antes del reconocimiento legal, como propiciaba la “teoría de la realidad” a mediados del siglo XIX; pero al mismo tiempo y con igual convicción, podemos aseverar que convertirla en una entelequia abstracta, vacua, meramente instrumental, con validez sólo en el campo de las relaciones jurídicas compleja, descontaminada de todo anclaje o sustento real, contradice no sólo una simple observación empírica de lo que ocurre en el tráfico diario

898 FERRO– LUZZI Paolo: “I contratti associativi”, ob. Cit. nota N° 35 y demás autores allí mencionados.

del derecho, sino también la descripción de los supuestos condicionantes o circunstancias fácticas emanadas de la propia figura legal.

Es que a través de estos elementos, que dan lugar a la creación de un sujeto de derecho, la persona jurídica se conecta con el mundo de los hechos – *hecho histórico indiscutible* –, conformando esa mixtura incuestionable entre norma y realidad, imposible de omitir o prescindir en una visión integradora del funcionamiento de todas las instituciones jurídicas.

Y en sentido contrario, cualquier unilateralización de estos conceptos –tanto por la vía de la negación de todo tipo de sustento material (*negativistas*), como a través de la explicación sociológica de los organismos vivos (*realistas*)–, terminan fracturando su construcción técnica con graves limitaciones que se proyectan en su funcionamiento práctico y científico, cercenamiento conceptual que aspiramos superar a través de esta posición.

9.3. Relación de coherencia de la actividad con una finalidad autónoma

La propia estructura de la personalidad colectiva presupone siempre la existencia de una finalidad propia que constituye a su vez, la razón de ser de su reconocimiento legal.

Dicho de otra manera, si no fuese posible la distinción entre las finalidades de los individuos componentes personas físicas y los de la persona colectiva, sería imposible efectuar esa tarea de abstracción y unificación de la titularidad, ni menos aún justificar su existencia a la luz del principio clásico de la indivisibilidad del patrimonio como prenda común de los acreedores.

Es más, cuando desaparece esta finalidad propia por los motivos que sean y se somete a otros intereses sean individuales o grupales, precisamente se configura la causal académica de superación de la personalidad u oponibilidad de la persona jurídica de forma tal que la actividad termina siendo imputada a quienes la administran o gobiernan.

Podría decirse que esta visión teleológica de instituto, se transforma en un elemento imprescindible y necesario para poder recorrer el razonamiento lógico a través del cual partiendo de una diversidad, se logra la unidad, mecanismo que implicó grandes esfuerzos para su adquisición. Recuérdese en este sentido que el término “*cohaerentes*” lo utiliza Séneca ⁸⁹⁹en el siglo I a. C. por primera vez, para explicar “*todo el proceso lógico a través del cual, en virtud de una abstracción, se pasa de los miembros considerados de uno en uno (singuli) a otra cosa distinta (corpus) dentro del cual la individualidad de los miembros desaparece para dar lugar luego a una irreal pero precisa y nítida unidad creada por la “cohaerentia” de los elementos constitutivos del agregado” es decir, “cohaerentes” en tanto que considerados en relación al derecho o a la función*”.

La consecución de una finalidad, lucrativa o altruista, no se agota en un acto, ni siquiera en un conjunto de ellos, sino que demanda inexorablemente el desarrollo de una *actividad*, que se integra por la secuencia permanente de manifestaciones de voluntad orgánica que cobran unicidad imputativa sólo en razón de la consecución del objetivo a lograr.

Esto también explica que sea factible hablar de que la persona jurídica se encuentra dotada de capacidad de derecho, en cuanto la normativa le confiere la aptitud o el grado de aptitud suficiente como para realizar todas y cada una de las acciones o ejercer los derechos y obligaciones que fuesen menester en orden a su finalidad, la que como dijimos no es la sumatoria de la de los miembros que la componen, ni tampoco una subsunción de los mismos, sino fundamentalmente propia y autónoma de esa figura legal.

899 BLANCH NOUGUES José María: “Régimen jurídico de la fundaciones en el derecho romano », Ed. Dykinson, Cap. I, Pág. 27. El autor de la cita la toma a su vez de G. La Fortuna, en su trabajo “Appunti sui termini “*corpus*” e “*universitas*”, Roma 1937, p.6. Lo importante de esta referencia histórica es que la idea de *la relación de coherencia* entre el substracto y el fin común, aparece como dato relevante desde los comienzos mismos del esfuerzo histórico por efectuar la abstracción capaz de transformar lo plural en una unidad imputativa.-

En este sentido, se expresa el Art. 31 del Código Civil “*Las personas jurídicas son de una existencia ideal o de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos o contraer las obligaciones que este Código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden o niegan las leyes*”, normativa que da sustento a la aptitud de la persona colectiva para ser titular de las relaciones jurídicas.

Anteriormente se caracterizaba este elemento de las corporaciones como finalidad común, denominación correcta cuando el presupuesto fáctico de la pluralidad de miembros era un requisito necesario, pero luego del reconocimiento por muchos países de la sociedad unipersonal constitutiva o genética, resulta más apropiado hablar de *finalidad autónoma* que de finalidad común.

Que las personas jurídicas desarrollen una *actividad*, las distingue por completo de los contratos de cambio, que se manifiestan sólo a través de actos aislados y por ende carecen por completo de ningún tipo de capacidad. Esta diferenciación reviste implicancias significativas de diversos órdenes que pasaremos a enumerar: por un lado, permite apreciar la *relación de coherencia* entre el sujeto de derecho y su razón de ser institucional que obviamente se expresa a través de este objetivo a cumplir.

Por otro lado, la existencia de una actividad corporativa permite al intérprete apreciar los distintos supuestos de abuso o desviación funcional, haciendo una simple comparación entre los actos cumplidos y la *lealtad* o correspondencia debida a su finalidad social o corporativa, situación que desaparece cuando se la subvierte a otros intereses para la satisfacción de personas completamente ajenas e independientes del ente colectivo moral.

Esta perspectiva torna necesario –para lograr una visión moderna de la persona colectiva–, la utilización de un recurso metodológico que puso en evidencia la doctrina italiana para apreciar al cumplimiento como fenómeno general, entendiendo que existen figuras que necesitan ineludiblemente esta doble apreciación en miras a la obtención de una visión completa. como ocurre con la *perspectiva funcional*, además de la puramente *arquitectónica o estructural*, ya que resulta imposible abarcar totalmente a la figura –en la búsqueda de un concepto unitario–, sin tener en cuenta precisamente esta apreciación dinámica cumplida a través del desarrollo su vida institucional durante el paso del tiempo.

El Art. 35 del Código Civil constituye un precepto específico a este respecto en cuanto determina: “*Las persona jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no le sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido*”, completándose con el Art. 36 del Cód. Civil que cierra definitivamente el sistema ,”⁹⁰⁰.

A su vez en la Ley de Sociedades, establece en su Art. 2 “*La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley*”⁹⁰¹ y a la vez, como novedad en los países de habla hispana, constituye el primer ordenamiento que disciplina de manera explícita la figura de la superación de la personalidad, cuando en el Art. 54 LS dispone: “*(Inoponibilidad de la persona jurídica) La actuación de la*

900 BELLUSCIO Augusto C.; bajo la coordinación de Eduardo A. ZANNONI : “Código Civil y leyes complementarias”, Ed. Astrea. Bs. As. 2005. Sostiene el autor haciendo un resumen de la doctrina mayoritaria argentina, que las personas jurídicas abarcan todos los actos que tengan relación directa o indirecta con el cumplimiento de sus fines y son los propios órganos de las instituciones quienes están en la mejor situación para elegir los medios a utilizar y en general, la jurisprudencia aprecia estos objetivos inferidos de sus estatutos, con prudencial amplitud: Conf. CFEDCap, fallo del 5/6/45 y CCCap. en pleno J. A. 1947-II-453.-

901 HALPERIN Isaac: “El concepto de sociedad en el proyecto de sociedades comerciales”, publicado en la “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Editorial Depalma, año 2, 1969, n° 9, pág. 271 ROITMAN Horacio: “Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada”, Editorial La Ley, t. I, N° 6, Pág. 97. Con anterioridad a la explicitación de la inoponibilidad societaria o teoría de la superación de la personalidad del Art. 54 LS., la jurisprudencia y la doctrina utilizó este dispositivo para juzgar la relación de coherencia en el funcionamiento de la sociedad, de forma tal que hubiere la correlación necesaria respecto de la finalidad común.-

*sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituye un mero recurso técnico para violar la ley, el orden público, a la buena fe o para frustrar los derechos de un tercero, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados*⁹⁰²”

Por último, el Art. 1071 del Código Civil introduce en nuestra legislación privada como regla general, el principio del abuso de derecho, que sirve de norma base en todo lo atinente a la utilización irregular o disfuncional de la persona jurídica, a saber: “*El ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber no pueden constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”.

No podemos dejar de mencionar que ya desde la misma sanción del Código, en incluso antes de la incorporación de la regla de abuso del derecho especificada en el párrafo anterior, el Art. 48

902 . SERIK Rudolf: “Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de las personas jurídicas”, Ed. Ariel- Barcelona, 1958, pág. 133. MANOVIL Rafael M.: “Grupos de Sociedades”, ob. cit., Cap. VIII, Pág 950; FARGOSI Horacio: explica la cuestión con mucha claridad en “Notas sobre la inoponibilidad societaria” ob. cit. DOBSON Juan M.: “El abuso de la personalidad jurídica”, Editorial Depalma, Bs. As. 1985, pág. 70; ETCHEVERRY Raúl: “La personalidad societaria y el conflicto de intereses”, en “Anomalías societarias” en Homenaje a Héctor Cámara, Ed. Advocatus, pág. 61; OTAEGUI Julio : “Inoponibilidad de la personalidad”, en Anomalías Societarias, Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Héctor Cámara, Advocatus, Córdoba, 1992; y en: “El artículo 54 de la Ley de Sociedades: inoponibilidad de la persona jurídica” ED., Pág. 121.; BARREIRO Marcelo G – LORENTE Javier Armando: “La desestimación de la personalidad jurídica (art. 54, ley de sociedades) y la extensión de la quiebra (art.161, ley de concursos y quiebras)”, publicado en: L. L. 2004-A-1440; GULMINELLI Ricardo Ludovico: « Enfoque actual de la inoponibilidad societaria », en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Depalma, t. 1993-A-122; VITOLO Daniel: “La personalidad jurídica en materia societaria”. L. L. 1990-D- 830; EMBID IRUJO José Miguel-VARELA Fernando: “Personalidad jurídica, levantamiento del velo societario y práctica judicial”, publicado en L. L. 2000-B-1090; RAAD Nabil Fadel. “L’abus de la personnalité morale en Droit Privé », con prefacio de François Terré. Libraire General de Droit et de Jurisprudence, Paris 1991; CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo: “Derecho Societario. Parte General”. Editorial Heliasta SRL, La personalidad jurídica societaria. T. 3, Pto 16, Pág. 203; MOLINA SANDOVAL Carlos A. : “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”; Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, pto. 39, 75 y 76, Págs. 87 y 182 y stes; TURRIN Daniel M. ;”La desestimación de la personalidad: el *onus probandi* a cargo de la sociedad comercial”, publicado en “Derecho Societario y de la Empresa”, edición del “Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. V Congreso De Derecho Societario, ob. cit., t. 2 Pág. 637; BORDA Guillermo Julio: “La persona jurídica y el corrimiento del velo societario”, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As. 2000; NISSEN Ricardo A. : “Curso de Derecho Societario”, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1998, Pág. 130; YUNYET BAS Francisco: “Antiguas y nuevas cuestiones sobre la responsabilidad por abuso de la personalidad”, en “Revista de las Sociedades y Concursos”, Ed. Ad Hoc, Bs. As. 2001, Pág. 30; En “Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” – “V Congreso de Derecho Societario”, “Derecho Societario y de la Empresa”, Editorial Abaco, 1992, t. II., se publicaron importantes ponencias referidos al tema a saber: MOEREMANS Daniel E.: “El disregard y el derecho societario internacional en Argentina”, Pág. 649; BUTTY Enrique Manuel: “Inoponibilidad”, Pág. 643; BARGALLÓ Miguel Federico y FAVIER DUBOIS (h) Eduardo M. : “Los acreedores frente a la imputación de activos por inoponibilidad de la persona jurídica (lege lata)” pág. 640, RICHARD Efraín Hugo: “¿Inoponibilidad de la persona jurídica?, y FILIPPI Laura: “El Art. 54 ter. párrafo y la “consecución de fines extrasocietarios”, Pág. 633. Igualmente en: Revista de Derecho Privado y Comunitario: “Abuso de la personalidad societaria”, Rubinzal Culzoni Editores, 2008 – 3, puede encontrarse importantes trabajos doctrinarios de Marcelo LOPEZ MESA: “Retomando algunas ideas sobre el abuso de la personalidad societaria (Estado de la cuestión “Swift Deltec”) Pág. 7.; Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS: “Aspectos económicos de a desestimación de la personalidad” Pág. 103; Carlos MOLINA SANDOVAL: “Presupuestos para la desestimación de la personalidad” Pág. 135, Efraín Hugo RICHARD : “Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad”, Pág. 191; ROITMAN Horacio, Hugo A. AGUIRRE Eduardo CHIAVASSA: “Inoponibilidad de la persona jurídica”, Pág. 247; Raúl Anibal ETCHEVERRY: “Personalidad y desestimación. Visión crítica”, Pág. 281; Jorge MOSSET ITURRASPE: “El levantamiento del velo y la responsabilidad civil. La empresa como causante de daños”, Pág. 379; Rafael Mariano MANOVIL: “Algunos aspectos de la inoponibilidad de la personalidad jurídica en los grupos de sociedades” Pág. 407; Héctor ALEGRIA: “Extensión de la quiebra en casos de control societario externo (por especiales vínculos” Pág. 451; Ignacio ESCUTI: “La personalidad jurídica y su desestimación a la luz de un fallo notable”, Pág. 489; Jorge RODRÍGUEZ MANCINI y José María GARCÍA COZZI: “La desestimación de la personalidad de las sociedades y sus efectos fiscales” Pág. 555, que abordan el tema desde distintas perspectivas, pero con un tratamiento integral de la figura.–

del Código Civil afirma: “*Termina la existencia de las personas jurídicas que necesitan autorización expresa para funcionar;... 2. Por disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros, o por haberse abusado o incurrido en transgresiones de las condiciones o cláusulas de la respectiva autorización, o porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos, o porque su disolución fuese necesaria o conveniente a los intereses públicos*”, norma a la se le había asignado aplicación para poner límites a la utilización disfuncional de la persona jurídica con anterioridad al derecho vigente, donde como es claro, el supuesto reconoce un tratamiento específico.

Como se podrá advertir, sin necesidad de realizar un esfuerzo interpretativo o argumental de esta batería de disposiciones concordantes, la preservación del *principio de coherencia* se encuentra perfectamente regulada en el derecho nacional, circunstancias que permiten asignarle a nuestras conclusiones la apoyatura legal más que suficiente.

“LA PERSONA JURÍDICA”

Dr. Cesáreo Rocha Ochoa

Miembro de Número
Academia Colombiana de Jurisprudencia

Definición.— Dentro de la técnica jurídica constituye toda definición uno de los grandes problemas del Derecho, que por lo tanto ha dado lugar a profundos debates y hondas controversias. No es nuestro propósito entrar para el efecto en la palestra. Acudimos simplemente a la noción y esencia y en términos universales acudimos a una construcción jurídica, a un concepto abstracto necesario para determinar a qué determinados seres se les atribuye por el ordenamiento capacidad para ser titulares o sujetos de derechos subjetivos.

Creemos que el sujeto de derecho o persona debe considerarse como una categoría jurídica y por ello de manera general los tratadistas del derecho han considerado que los sujetos de derecho o personas son de dos clases: Personas físicas y Personas jurídicas, o Personas naturales o jurídicas.⁹⁰³ Respecto de la noción de personas físicas los ordenamientos jurídicos atribuyen a los seres humanos derechos subjetivos simplemente por el hecho de serlos. El código civil colombiano en su artículo 74 dispone que “*Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.*”

Por la sencillez de la expresión, reproducimos la definición del diccionario de la lengua española⁹⁰⁴ “*Ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, aunque no tiene existencia individual física, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones.*”

La personalidad o aptitud para ser sujeto de derechos, no se le otorga solamente a los individuos de la especie humana, también se les atribuye a organizaciones de personas físicas, llámense Corporaciones o Asociaciones o a determinados patrimonios afectados a fines de interés social o general como las Fundaciones o las instituciones de utilidad común.⁹⁰⁵

Naturaleza jurídica.— Respecto de la naturaleza jurídica de la personalidad moral en la obra comúnmente denominada de los Hermanos Mazeaud⁹⁰⁶ señalan que: “*Para permitir al hombre darle*

903 Código Civil Colombiano. Art. 73

904 Diccionario Carroggio, Tomo 3., Barcelona, España, 1.984, pag.1.235.

905 Arturo Valencia Zea., Derecho Civil— Tomo I, Parte General y Personas, pag 561 y siguientes. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1.957

906 Henri, León y Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Parta 1ª, Volumen 2, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.959.

cohesión a los grupos que forma, y asegurar su perennidad, es necesario que una personalidad, llamada moral, distinta de la personalidad de sus miembros, les sea concedida a esas agrupaciones. Por otra parte, no hay en derecho francés un patrimonio sin una persona, hace falta, si se quiere afectar una masa de bienes o un fin determinado, que sea creada primeramente una persona moral cuyo patrimonio podrá recoger los bienes afectados al propósito perseguido. La personalidad moral es utilizada igualmente para remediar los inconvenientes de la regla de la unidad de patrimonio. Cuando se desea comprometer en una empresa nada más que una parte de su patrimonio, se crea una sociedad, persona moral, a la cual se aporta una fracción solamente de los propios bienes”.

Agregan los aludidos doctrinantes que cuando se habla de la naturaleza jurídica de la persona moral, “*en la tesis de la ficción, se pretende que solo el individuo es persona, pero que el legislador puede, por medio de una ficción, extender la personalidad a las colectividades; el legislador es entonces dueño de esa ficción y de su extensión*”. En tanto que quienes son partidarios de la realidad de las personas morales, afirman por el contrario, “*que las colectividades son una realidad al menos técnica, al igual que las personas físicas; el fin común que persiguen da entonces nacimiento ipso facto a su personalidad. Pero, como los partidarios de esta segunda tesis reconocen al legislador el poder de retirar la personalidad a las colectividades, solamente ante el silencio muy raro de la ley existe interés en tomar partido entre estas dos tesis, para saber si tal categoría de colectividad tiene, o no, la personalidad moral*”.

De los anteriores principios de derecho privado, consagrados en la legislación francesa especialmente en el denominado Código de Napoleón, se nutrieron las legislaciones latinoamericanas. Fue así como el Código Civil de La República de Colombia fue producto de la comisión dirigida por Andrés Bello que reprodujo las principales características del Código Chileno y éste del Código Civil de Francia.

La Persona Jurídica.– Dentro de la norma colombiana ⁹⁰⁷ “*Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.*”

Teorías.– La teoría de la ficción fue formulada por Savigny en su obra Derecho Romano y la sintetiza Francisco Ferrara ⁹⁰⁸ “*...estos entes que son simples ficciones de ley, son naturalmente incapaces de querer y de obrar, y que si gozan de personalidad es porque la ley se las otorga.*”

Esta teoría, como hemos afirmado precedentemente, fue acogida por la legislación civil colombiana, tomada del Código Civil de Don Andrés Bello en el Código Chileno, a la vez inspirado en el código francés.

Ciertamente, la teoría de la ficción ha tenido críticas agudas en la doctrina, una de ellas consiste en la identificación que se hizo entre la personalidad en sentido jurídico y la existencia de una voluntad en sentido psicológico, como lo comenta el jurista colombiano Arturo Valencia Zea ⁹⁰⁹ puesto que los críticos de la teoría de la ficción sostenían que al referirse al problema de la capacidad jurídica o de goce, ella es atribuida desde tiempo inmemorial a seres diferentes de los humanos. Se ha hablado de teorías realistas, de las teorías de patrimonios colectivos, de la teoría de los derechos sin sujeto, muchas de ellas sostenidas por Brinz, ⁹¹⁰ Planiol, Ripert, la teoría organicista, la del alma colectiva, la del organismo social, etc. Lo cierto es que las más importantes, a las que se han vinculado de una u otra manera las diferentes legislaciones, son la de la ficción y dentro de las teorías realistas, la sustentada por el profesor Francisco Ferrara⁹¹¹ en la que sostiene que la personalidad es un producto

907 Código Civil Colombiano, art. 633, Editorial Legis, pag. 626, 3ª edición 1.999. Bogotá

908 Francisco Ferrara Teoría de las Personas Jurídicas. 1.929, pag 125.

909 Obra citada, pag. 564.

910 Obra citada, pag. 283.

911 Obra citada, pag 288

del orden jurídico, que surge gracias al reconocimiento del derecho objetivo. *“La persona individual no es persona por naturaleza, sino por obra de la ley. Fuera de una organización estatal, el individuo humano no es sujeto de derecho.”* Y agrega que *“nada impide que las asociaciones humanas sean consideradas como sujetos de derecho, ya se trate de colectividades puramente naturales o de sociedades establecidas voluntariamente para el logro de tales o cuales fines.”* Según la opinión de este tratadista, estas agrupaciones de individuos son, incuestionablemente realidades, y pueden tener derechos y obligaciones distintos de las obligaciones y derechos de sus miembros, pero ello no significa que posean una realidad independiente, un alma colectiva diversa de los individuos que a ellas pertenecen. Y concluye que *“las personas jurídicas pueden definirse como asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por el ordenamiento jurídico como sujetos de derecho.”*

Teniendo en cuenta que la personalidad es una construcción del orden jurídico que se aplica a determinados entes que sean sujetos de voluntad, organismos sociales o colectivos, capaces de realizar fines aunque no estén de manera intrínseca dotados de voluntad por su propia naturaleza, como que dicha voluntad es artificial, es decir creada por una organización bien sea de carácter público o privado, tratamos a las personas jurídicas como entes objetivos, voluntarios, creados para una específica función pública o privada, de conformidad con su origen y naturaleza.. Por ello pensamos que debe hablarse más bien de una **voluntad legal** o normativa de las personas jurídicas en vez de una **voluntad natural**. En efecto, la voluntad de las personas jurídicas se realiza mediante sus **“órganos”**, los miembros de una asamblea, Junta Directiva o simplemente de sus representantes legales.

Personas de derecho público y de derecho privado.— Considero que en términos generales está claro en las diferentes codificaciones que las personas jurídicas se clasifican en **de derecho público y de derecho privado**, la primera que emana directamente del Estado y en principio tiene por finalidad la prestación de los servicios públicos, en tanto que las segundas nacen de la iniciativa privada, se establecen con fondos privados como sucede con las asociaciones o corporaciones sin ánimo de lucro, agrupaciones de personas humanas que se establecen para un objeto común o las fundaciones conocidas mas como la afectación de un patrimonio a una obra determinada, entes independiente de todo grupo de personas físicas, en el sentido de que las personas encargadas de dirigir una Fundación, no son las que las crearon, ni los beneficios que se obtengan va a ser repartidas entre ellas. Los beneficios que produce una Fundación, como institución de utilidad común pertenecen a personas indeterminadas, los beneficiarios, que de todas maneras son distintas de los administradores.

Es sabido que Savigny,⁹¹² predicó la clasificación de las corporaciones y fundaciones, como personas jurídicas exclusivamente de derecho privado, aunque algunos autores modernos la extiendan a personas jurídicas de derecho público.

Lo cierto es que estas personas jurídicas de derecho privado, denominadas genéricamente como asociaciones y dentro de estas, Corporaciones o Fundaciones, cumplen un papel de singular importancia en la sociedad contemporánea, especialmente en los sectores de la educación, la salud, la beneficencia, el bienestar social, la recreación, entre otras gamas de la actividad.

El Consejo de Estado, organismo Colombiano, que se desempeña como supremo tribunal de lo contencioso administrativo, ha dicho en reiterada jurisprudencia al analizar el artículo 633 del C. C. y definir a la persona jurídica, concluye que dicho código no se refiere a las personas jurídicas resultantes de las sociedades civiles o comerciales con ánimo de lucro por obedecer a reglas distintas y solamente se refiere a las Corporaciones y Fundaciones.⁹¹³

912 Federico Savigny. Sistema del Derecho Privado Romano. Traducción de J.Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1.879. tomo II, pag. 63.

913 Código Civil, publicación de Legis, Jurisprudencia del C. de E. S. de Negocios Generales. Sentencia de Agosto 21 de 1.940

Consideramos de interés respecto de las personas jurídicas de derecho privado, esto es las Corporaciones o Fundaciones, hacer alusión a una tesis del profesor Ferrara ⁹¹⁴ respecto de los fines y requisitos de las Corporaciones: Determinación, Posibilidad y Licitud. En efecto afirmó: *“Una absoluta vaguedad de fines no sería compatible con el surgir de una institución que en su fin encuentra su individualidad, quedando en la incertidumbre su campo de acción, y dejando sin freno la potestad de los que la representan y administran. Del mismo modo el fin no debe ser objetiva y permanentemente imposible, por razones naturales o jurídicas, porque en tal caso, la asociación vería, desde su origen, interdicta su actividad. Por último, debe exigirse licitud del fin, esto es, el objeto que se proponen las asociaciones no debe ir contra la ley, la moral social y el orden jurídico”*.

Finalidad de las Personas Jurídicas.— Creemos que en el momento contemporáneo es de señalada importancia hacer no solamente algunas precisiones sino analizar la finalidad, su objetivo determinante, el campo de acción real, objetivo, tangible, de la persona jurídica, como sujeto de derechos y obligaciones. Como lo afirmamos anteriormente, no estimo de fundamental relevancia profundizar sobre las teorías construidas para la explicación de su colocación en el ordenamiento jurídico bien sea como una ficción legal o de una objetiva realidad. Lo que interesa a la audiencia universal es su nacimiento, constitución, funcionamiento, mecanismos de representación, objetivos sociales, reglamentación jurídica, y su razón de ser en la vida contemporánea.

No hay duda alguna que las personas jurídicas, trátase de Corporaciones o Fundaciones o de las asociaciones de personas naturales que conforman las Sociedades Civiles o Comerciales, son los instrumentos de que se ha valido la humanidad para darle impulso al desarrollo, a la creación intelectual, la expansión del comercio, la investigación científica, la creación de universidades, el patrocinio del conocimiento, la proyección de la cultura, la organización de entes dedicados a la salud y el bienestar social, para solamente señalar unas actividades impulsadas por la persona jurídica.

Personas de derecho público.— Interesa la clasificación universal entre personas de derecho público y de derecho privado. Las primeras originadas en una necesidad política como la Nación, el Departamento, las provincias, el municipio o las entidades descentralizadas destinadas a una mejor prestación del servicio público que le es sustancial, como los Departamentos Administrativos, Establecimientos Públicos, Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Instituciones de Utilidad Común, las Sociedades de Capital Público o aún las Asociaciones de Entidades Públicas, Todas ellas Personas Jurídicas originadas en la ley, o en La Carta Política que constituye la norma de normas para las diferentes o particulares organizaciones estatales. Dotadas de personería jurídica y representadas a través de sus órganos o mecanismos de dirección esenciales para su funcionamiento. Sometidas a la inspección y vigilancia del Estado.

Las personas jurídicas de derecho público por tener origen en la ley y la realización de sus funciones, hacen parte de la organización del Estado y es por lo tanto el poder público el encargado de su constitución, funcionamiento, liquidación o supervivencia dentro de los organismos encargados del ejercicio de la función pública. En el caso Colombiano por medio de la ley 489 de 1.989 se determinó la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, esto es, de las personas jurídicas de derecho público, en armonía con la Constitución Nacional.

Personas de derecho privado.—Las segundas, creadas por las personas naturales, como instituciones de derecho privado bien sean nacionales o extranjeras, estructuradas como Asociaciones de personas dentro de las especificidad de Corporaciones o Fundaciones, como organizaciones de beneficencia y sin ánimo de lucro, esta última connotación es aspecto fundamental que las diferencia de las sociedades civiles y comerciales o de economía mixta creadas con espíritu especulativo, mercantilista, bien sea de producción de bienes de capital o de servicios.

914 Ferrara. Obra citada, pag. 132

Así como se ha previsto la creación de las personas jurídicas, sean ellas de derecho público o privado, las primeras por determinación legal o actos administrativos, y las segundas por determinación de las personas naturales que las conforman, de la misma manera se ha previsto su funcionamiento, a partir de la expresión de la voluntad de sus integrantes en un cuerpo de doctrina o estatutos, la necesaria aplicación a la representación como sistema de gobierno, y el ejercicio de su voluntad a través de los órganos que le dan fundamento e inclusión en el ordenamiento jurídico. De allí sus órganos tales como la Asamblea General como denominación genérica, la Junta Directiva y el Gerente o Presidente como la figura en la que se concreta para el ejercicio de la función administrativa, la representación legal. Igualmente, cualesquiera que sea la teoría que le de fundamento, sea la ficción, sea la realidad, etc., se ha dispuesto de su objeto social con el fin de determinar el tipo de actos o negocios jurídicos de que se deba ocupar y las autorizaciones pertinentes respecto de las limitaciones que puedan tener sus representantes legales y que se completan con las ampliaciones otorgadas por los demás organismos sociales. Así mismo es común en todas las legislaciones occidentales su extinción, liquidación y adjudicación a terceros de los bienes que constituían su patrimonio.

Elementos comunes de las personas.— De la misma manera el ordenamiento jurídico ha determinado la nacionalidad, el domicilio, la forma de adquisición de bienes patrimoniales como elementos comunes a las atribuciones de la persona natural. Comentan al respecto los Hermanos Mazeaud, en la obra anteriormente señalada, de que manera dentro del régimen de libertad y asociación se crean las personas morales, llámense de derecho público o privado, las diferentes modalidades por las cuales se expresa la voluntad de la persona moral, esto es, a través de sus órganos, cuál es el alcance de los actos jurídicos que ellas realizan, su responsabilidad civil, la protección de su propio nombre contra eventuales usurpaciones, si su fin es lucrativo o sin ánimo de lucro, el vínculo entre los derechos de la personalidad y su titular, en fin, todo el elenco argumental que le da razón de ser a la persona jurídica.

Es la iniciativa privada la encargada de su orientación para el cumplimiento de sus fines, diferentes de las personas jurídicas de derecho público, así muchas de ellas estén destinadas a realizar funciones que puedan corresponderle al Estado, como son las que tienen que ver con el servicio público, realizado o llevado a cabo por particulares, o como Instituciones de Beneficencia, en el área de la salud o la educación especialmente.

En el escenario de la iniciativa privada es donde las personas jurídicas han cobrado una creciente importancia y se han ido desarrollando como expresiones de la libertad individual, con sentido democrático, sensibilidad social y dentro del criterio social de realizar actividades dentro de la orbita del derecho privado, como factor de creación y puesta en marcha de instituciones complementarias de la función pública, sometidas a la inspección y vigilancia de los órganos del Estado, pero sin subordinación política ni regulaciones burocráticas.

Desarrollo de la persona jurídica de derecho privado.— El nivel de desarrollo alcanzado especialmente a partir del siglo veinte en todos los Estados donde la iniciativa privada no ha sido obstaculizada, no ha tenido reparos ni ingerencias desorientadoras por parte la política pública, ha puesto en evidencia la fuerza transformadora de la sociedad al impulso del ejercicio de la libertad, de principios y valores aplicados en el bien común y como mecanismos complementarios o supletorios de la función del Estado, manejado por la mentalidad y la iniciativa privada. De esta manera las asociaciones sin ánimo de lucro, bien sea como Corporaciones o Fundaciones, han sido responsables de los niveles superiores de educación y beneficio social donde la expansión del conocimiento y la cultura especialmente son las expresiones más significativas del grado de civilización alcanzado por la sociedad contemporánea.

Las universidades de carácter privado casi todas son Fundaciones, centros de estudio que desde fines del siglo IXX permanecen en paulatino crecimiento y afirmación como centros docentes destinados a capacitar a las nuevas generaciones y de fomentar la investigación científica en las diferentes

áreas del conocimiento y que cumplen una tarea fundamental de formación de las nuevas generaciones en los diferentes campos de la cultura y de las profesiones liberales.

Las Corporaciones cumplen funciones de carácter social, o cívico, o de beneficencia, u hospitalaria o aún de carácter educativo, de preparación y capacitación laboral, de adiestramiento en actividades técnicas, en el desarrollo rural. Existen agremiaciones laborales o campesinas que cumplen un importante papel de fomento y desarrollo. La pequeña empresa o microempresa, en muchas veces comienza con actividades cooperativas, de asociaciones de personas en busca de un determinado fin y luego se transforman en sociedades civiles o comerciales dentro de la regularidad funcional que determinen.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia, fundada en 1.894 es una Corporación, persona jurídica, de naturaleza privada, sin ánimo de lucro, dotada de personería jurídica y determinada por la ley como órgano consultivo del Estado.

En Colombia las Asociaciones, llámense Corporaciones o Fundaciones están vigiladas por El Estado, además de por los órganos de control interno contenidos en sus estatutos y han venido cumpliendo una tarea cotidiana de construcción de una mentalidad social siempre acorde con su espíritu de libertad, criterio democrático, respeto a la persona humana que le es característico y con el bien común como objetivo esencial. Todas estas organizaciones han crecido y se han fortalecido en apego y seguimiento de la norma jurídica dentro de la cual se enmarca su campo operativo. En preciso seguimiento de la ley, la moral y las buenas costumbres. En un Campo de principios y valores que le dan consistencia y fundamento axiológico.

Inmoralidad y antijuridicidad.— En razón de la proliferación de Asociaciones que se han creado a partir de la segunda mitad del siglo XX, de la misma manera se ha incrementado su control y la labor de vigilancia por parte de los diferentes organismos del Estado.

Con inusitada preocupación hemos observado la irrupción en el escenario nacional colombiano de multitud de personas jurídicas de derecho privado en los diferentes sectores de la actividad particular. Dentro de ellas, muchas ajustadas a la normalidad institucional, de carácter laico unas, de orientaciones religiosas otras, como centros de estudios dentro de criterios ideológicos, de información y organización política, de defensa de los derechos humanos, otras, en un momento que se ha cuestionado en el territorio de la República, la presunta violación de los mismos con ocasión del largo conflicto por el que atraviesan las instituciones nacionales por espacio de más de cincuenta años, por la confrontación armada por parte de las fuerzas del Estado con organismos o estructuras de poder de que de manera ilegal y por lo mismo clandestina le disputan la legitimidad al Estado. Además de ello con ocasión de actividades terroristas y de narcotráfico. En el caso colombiano de narcoguerrilla o narcoterrorismo, de lavado de activos o aún que desarrollan actividades en el mercado negro de armas, municiones y material bélico con la obvia destinación para la insurgencia y las organizaciones que comercializan clandestinamente este tipo de elementos.

El propio narcotráfico ha creado entes a la manera de asociaciones o de sociedades comerciales, para ocultar sus actividades regulares, dar una apariencia de derecho, con estatutos y normas, donde se precisa su objeto social, ajustados aparentemente a la regularidad formal, a las buenas costumbres, para no despertar sospecha alguna, siendo que en la realidad objetiva se trata del ejercicio de actividades ilícitas.

Reordenamiento legal.— La libertad de asociación consagrada como un derecho subjetivo, tiene un límite, el señalado en la ley, la concordancia con la moral y las buenas costumbres No ha sido fácil advertir la verdadera finalidad contraria a la legalidad de muchas de estas personas jurídicas que frente a la sociedad dan la apariencia de normalidad tanto en su constitución, funcionamiento operativo y naturalmente frente al Estado y los terceros de manera general.

Frente a este escenario, el Estado ha cumplido una importante tarea y organismos específicamente señalados para el efecto están ocupándose de esta delicada tarea de escudriñamiento e identificación de las entidades al servicio de la delincuencia que de manera soterrada o utilizando el testaferrato se han dedicado al evidente fomento de la subversión o demás actividades ilícitas colaterales. Personas jurídicas o sociedades que además han contado con el apoyo de otras organizaciones creadas, como se dijo atrás, para procurar la defensa de los derechos humanos tan supuestamente conculcados en nuestro medio, según los voceros de esas organizaciones y de la misma manera hacen énfasis en el atropello permanente del Estado y divulgan en consecuencia la violación de los derechos humanos. Algunas de ellas son organizaciones no gubernamentales, conocidas como ONG, esto es, personas jurídicas de derecho privado que hacen presencia en la vida nacional con contactos en el exterior, en círculos donde se amplifica la crítica del establecimiento estatal, de la violación de tales derechos, especialmente por organismos oficiales, de las fuerzas armadas regulares, en desconocimiento y desfiguración tendenciosa de las instituciones encargadas de luchar contra la subversión, la delincuencia organizada, y las estructuras de poder que se levantan contra el legítimo Estado de Derecho.

Naturalmente es evidente la dificultad en la que se han encontrado los organismos especializados del Estado para hacerle frente a esta situación, no obstante la tarea realizada por las fuerzas del orden en coordinación con algunas agencias internacionales, medios de comunicación y de la propia opinión pública, se ha logrado la judicialización de algunas personas vinculadas a estas actividades delictivas. Nuevas políticas de Estado con el apoyo de la ciudadanía a través de denuncias, delaciones, incautaciones, confesiones, allanamientos, operativos judiciales, etc., han permitido el descubrimiento, la aprehensión y el juzgamiento de personas naturales y representantes de personas jurídicas dedicadas a las referidas actividades ilícitas.

Se ha podido pasar de la sospecha, de la presunción a la demostración objetiva de la existencia de una red de personas jurídicas nacionales que tienen contactos plenamente establecidos con similares internacionales en diferentes países de América, Europa, el Medio Oriente y en general de todo el orbe, las cuales coadyuvan, impulsan, protegen, cuando no patrocinan las evidentes actividades ilícitas de la oscura sociedad clandestina de nuestro país colombiano. Muchas de estas organizaciones aparecen en la denominada lista Clinton, donde han sido registradas tales asociaciones o sociedades de fachada, esto es, que exhiben frente a la comunidad universal una imagen de aparente pulcritud y no es fácil por lo tanto, en una rápida labor de vigilancia o información, advertir los oscuros fines del narcotráfico, el terrorismo, el mercado negro de armas, con su adehala de corrupción y desestabilización institucional.

No obstante, la norma jurídica ideada democráticamente, en un escenario de libertad para hacer el escrutinio de la conducta humana dentro de una regularidad institucional, no se encuentra aún preparada para hacerle frente a una labor soterrada de organizaciones que funcionan al margen de la legalidad, de manera subrepticia y clandestina, naturalmente ocultando a toda costa sus verdaderos intereses. Frecuentemente Las personas naturales que las representan hacen lobby o cabildeo, o relaciones públicas, con comunidades marginales afines o aún con personas de derecho público que se persuaden de sus aparentes finalidades y es así como se ha logrado la captación de recursos económicos, de donaciones o de adquisición de armas y municiones para que estos organismos de nuestro país se fortalezcan y puedan continuar con sus actividades clandestinas.

La moralización del derecho.-Impelidos por la necesidad de contar con mejores herramientas para sortear exitosamente este drama de la vida contemporánea, corrientes de opinión dentro del universo jurídico, han venido buscando nuevos elementos de juicio y se ha puesto en evidencia nuevamente la necesidad de moralizar el derecho, para crear un cambio de actitud ciudadana y, en efecto, las decisiones judiciales, la doctrina y la jurisprudencia, como fuentes de derecho presentan, como

una especie de retorno a la aplicación de los principios generales del derecho, por ello afirmamos ⁹¹⁵ *“que se ha vuelto a poner énfasis entre el derecho y la moral, la moral y la justicia, la moral y los fines del derecho, quizá como consecuencia de los acontecimientos sociales de fines del siglo XX y comienzos de la presente centuria, que ha llevado a retomar por los juristas, ius filósofos, académicos y jueces a la revaluación de estos principios.”* En este sentido reiteramos las afirmaciones del destacado profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oxford,⁹¹⁶ H. L. A. Hart, *“para elucidar características distintivas del derecho como medio de control social, hemos creído necesario introducir elementos que no pueden ser elaborados a partir de las ideas de una orden, una amenaza, una obediencia, hábitos y generalidad... Se trata de la afirmación general de que entre el derecho y la moral hay una conexión en algún sentido necesaria, y que esto es lo que merece ser considerado como central en cualquier intento de analizar o elucidar la noción del derecho.”*

En este mismo orden de ideas, el profesor colombiano,⁹¹⁷ Diego Eduardo López Medina, hace la siguiente afirmación sobre el tema *“La moralización del derecho constituye la idea teórica más importante en la que se apoya la aparición de una lista de contra principios antiformalistas de derecho privado en contraposición a los vigentes del derecho clásico... en contraste con la aplicación rígida o formalista del derecho escrito a los casos particulares, los jueces deben tomar en cuenta la justicia y la equidad, por medio de los diferentes medios de investigación provistos para tal fin por la libre recherche scientifique. A través de esta idea, se produce una nueva justificación con énfasis moral para los institutos de derecho privado.”* Ejemplifica esta opinión en el deber de socorro entre los conyugues, la investigación de la paternidad natural, a la organización de la protección de la niñez, la prohibición del contrato inmoral, la intolerancia del enriquecimiento injusto, la prohibición del abuso del derecho, la protección del obrero, contra la explotación de su empleador, el derecho al descanso dominical, etc.

Dentro del tema de la moralización del derecho, advertimos una concordancia con lo anteriormente expuesto por parte de uno de los más importantes pensadores contemporáneos Jurgen Habermas ⁹¹⁸ en un coloquio llevado a cabo en París, en el Centro Pompidou el 31 de Enero de 2.001 cuando disertó sobre el constructivismo moral y afirmó en los principales apartes de su intervención lo siguiente: *“En teoría moral he defendido desde el principio una posición cognitiva pero antirrealista. La ética del discurso explica el contenido cognitivo de las oraciones de ‘deber’ sin necesidad de recurrir a un orden evidente de hechos morales que estuviera abierto a algún tipo de descripción. Las afirmaciones morales, que nos dicen las cosas que es justo hacer no deben asimilarse a las afirmaciones descriptivas, que nos dicen cómo se articulan las cosas. Sobre la base de un concepto discursivo de verdad, era fácil interpretar la justicia de las normas y los juicios morales como algo análogo a la verdad sin caer en ninguna implicación realista.”*

Creemos que esta política de retorno a la imposición de los valores y los principios esenciales del derecho, puede dar oportunidad a la creación de los mecanismos con los cuales se pueda hacerle frente de mejor manera a esta perversa insurgencia delictual, de utilizar instrumentos ordenados para actividades regulares de la vida en democracia, para ajustarlos a sus proclives intenciones, contrarias al ordenamiento y a la buena fe.

No tenemos duda respecto de la evidente tendencia contemporánea de moralizar el derecho, con el obvio propósito de lograr de mejor manera la armonía social, la aplicación de la justicia y la justificación de la equidad en las relaciones sociales, así como el repudio a las conductas ilícitas amparadas en instituciones dedicadas al predominio de la ilicitud.

915 Cesáreo Rocha Ochoa. Manual de Introducción al Derecho. Segunda Edición, Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2.008, pag.s 75 y 76.

916 H.L.A. Hart.El Concepto del Derecho , 2ª edición Buenos Aires , Abeledo-Perrot. 1.961.

917 Diego Eduardo López Medina.Teoría Impura del Derecho, 3ª reimpresión, Bogotá, Legis,2.005

918 Jurgen Habermas, La Ética del discurso y la cuestión de la verdad. Paidos, Barcelona, 2.003

Si uno de los presupuestos fundamentales para la creación de las personas jurídicas es su conformidad con la norma jurídica y dentro de esta con la guarda de los principios y valores, de la ética de la conducta, de su relación con la moral y las buenas costumbres, consideramos que ha de ser actitud pública y privada prevalente el rechazo a las personas naturales y organizaciones que oprobiosamente hacen uso de ellas de manera contraria a los fines que las inspiraron desde su origen.

Es preciso idear y poner en marcha un movimiento que se encargue de desenmascarar a estas organizaciones que conviven en la cotidianeidad de la vida de manera aparente con la regularidad jurídica, en ocultamiento de sus verdaderas actitudes contrarias a la ley, reñidas con la moral y las buenas costumbres.

Por ello consideramos importante, que organizaciones de derecho privado como las Academias de Derecho de España y Latinoamérica, hallan puesto sobre el tapete este tema del papel que cumplen en la actualidad las personas jurídicas en el marco de la vida contemporánea. Es de señalado interés público y privado, naturalmente, que se advierta a los medios de comunicación, a la opinión pública, a los organismos del Estado, a todo el escenario universal, sobre la necesidad de buscar los mecanismos adecuados para que la norma jurídica y las políticas oficiales y públicas logren idear el instrumental necesario para reprimir el avance del terrorismo, del mercado de los alucinógenos, del armamentismo clandestino como actividades que a la sombra de la normalidad institucional horadan la vida contemporánea y combaten el Estado de Derecho. Son la punta de lanza para la destrucción de nuestra cultura y combatir la vigencia de la democracia, hasta ahora mecanismo insustituible para la vida y ejercicio de la libertad.

“NOTAS EN TORNO A PERSONALIDAD JURÍDICA”

Dr. Efraín Hugo Richard

Académico de Número
Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina

Ante el enjundioso informe de los relatores oficiales sobre la personalidad jurídica en España, no formalizamos “enmiendas” sino apostillas vinculadas a la problemática en nuestro país, con alguna generalización para facilitar conclusiones –usando como referencia dicho informe– y con la limitación de espacio prevista en el Reglamento.

El informe oficial supera los dogmatismos en torno a su naturaleza, relativizando las concepciones históricas en una nueva formulación de la ficción jurídica, que absorbe al realismo, poniendo el acento en la técnica de organización que asume cada legislación dejándola disponible a la autonomía privada conforme tipos elegibles. El centro de las apostillas es la personalidad de esos tipos hasta cumplirse la totalidad de los requisitos exigidos para generar efectos *erga omnes*⁹¹⁹.

1. La conceptualización sobre la persona jurídica es tema que requiere la adecuada comprensión de las relaciones de organización asociativas como género propio de la cooperación y colaboración y, dentro de ellas la tipicidad de la sociedad como persona jurídica.

La cuestión central sigue estando alrededor de las manifestaciones jurídicas que permiten predicar la existencia de un centro de imputación diferenciado, con simplificación de relaciones, determinando cuándo hay personalidad y los rasgos que la definen, con el objetivo de atender al marco normativo de cada país⁹²⁰. Se parte del concepto de sujeto de derecho que es aquel a quien la ley

919 “LA PERSONALIDAD JURÍDICA, EN EL DERECHO ESPAÑOL” (en adelante Inf. España en las notas *pág. 10) una vez que se hace distinción entre el concepto “Persona” y el concepto “Personalidad”; una vez que se advierte que se “es” Persona, pero que se “tiene” Personalidad, gran parte del problema queda solucionado.

920 JUNYENT BAS, Francisco Alberto – RICHARD, Efraín Hugo “Acerca de la persona jurídica. A propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello”, en libro colectivo “Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 – 1937 – 1961 – 1969), Edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (4 tomos) tomo 1 pág. 455, Córdoba 2009, y ”ARISTAS SOBRE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD SOCIETARIA (y la responsabilidad de administradores societarios)” en “Temas de Derecho societario vivo” de AAVV, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs. Aires 2007, pág. 105 y ss..

reconoce aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, sean individuales o colectivos, como técnica legal de simplificarlas.

El pensamiento se inclina hacia el reconocimiento normativo, y la diferenciación gira en torno a la necesidad o no de considerar la preexistencia de un dato extranormativo para configurar la persona jurídica y la consiguiente atribución de personalidad. Ello implica una decisión de técnica jurídica y concreción legislativa⁹²¹. Nos hemos ocupado⁹²² sobre la personalidad como categoría normativa, mediante la cual se articula un centro de imputación con capacidad jurídica.

La personalidad es una cualidad jurídica –una ficción legal⁹²³–, que requiere un sustrato real⁹²⁴ –previsto por la norma–, pues ninguna cualidad puede existir por sí misma, sino como atributo o carácter de alguna cosa o sustancia. Lo real aquí es el sustrato: una escisión patrimonial derivada de una persona física o jurídica por su decisión de organización conforme un ente personificado por ley.

2. Deriva lo anticipado en que el sistema jurídico ha sido construido a través de normas para el acto jurídico bilateral. Dentro de ese sistema aparecieron desestructurada y aluvionalmente normas tendientes a dar soluciones a las relaciones de organización⁹²⁵, reconociendo efectos a la declaración unilateral de voluntad, a las modificaciones a las relaciones patrimoniales y de la propiedad, a través de peculios, dominio imperfecto, y más contemporáneamente otras modalidades de organización

921 Inf. España *p.74 Ahora bien; en todo caso, siempre hay que tener presente la distinción entre “*ser persona*” y “*tener personalidad*”; distinción que –entre otros aspectos– trae consigo una consecuencia importantísima: cuando menos, en el caso de las sociedades mercantiles y personas jurídicas de Derecho privado, la personalidad jurídica que se “*tiene*”, *nunca* es algo *inmanente* al ente de quien se predica.

922 RICHARD, Efraín Hugo “PERSONA JURIDICA Y TIPICIDAD. Ponencia a las Jornadas Nacionales sobre la Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Buenos Aires 1986, “Persona jurídica, empresa, sociedad y contratos asociativos en la unificación del derecho privado” en “1a. Conferencia Internacional sobre la unificación del derecho privado argentino”, San Miguel de Tucumán 1987, “PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES, TIPICIDAD E INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA COMO EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS O CONTROLANTES, EN EL DERECHO ARGENTINO, en Rev. de Derecho Mercantil, Nos. 193-194, Madrid 1989, “PERSONALIDAD JURIDICA Y CONCEPTO DE SOCIEDAD” y “la contraposición contractual entre persona jurídica Y persona física del proyecto de unificación, comunicaciones a las III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa, Abril de 1991, a la Comisión I sobre PERSONALIDAD JURIDICA; “LA PERSONA JURIDICA EN LA EVOLUCION CONTEMPORANEA en Separata de Anales de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t.XXV Pág. 81 y ss., “LA PERSONALIDAD JURIDICA EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche 1989

923 Inf. España *p.27 ... tampoco se puede sostener que la Persona Jurídica sea una simple ficción. O mejor dicho, y para ser más precisos– que sea una simple ficción “*verbal*”. Ciertamente, la Persona Jurídica es una ficción, pero se trata de una verdadera ficción “*jurídica*”, y no un mero “*flatus vocis*”; no se trata de un simple mudar las palabras, para describir un mismo fenómeno. Muy por el contrario, si una Ficción jurídica *ficción jurídica* es la noción que designa el procedimiento de la técnica jurídica mediante el cual, por ministerio de la Ley, “*se toma por verdadero algo que no existe o que podría existir; pero se desconoce, para fundamentar en él un derecho, que deja de ser ficción para conformar una realidad jurídica*”, entonces no cabe la menor duda de que esto es lo que sucede con la Persona Jurídica; con la personalidad jurídica de Derecho privado, de las sociedades y fundaciones mercantiles...y –sobre todo– *dotado de una propia aptitud para ser centro de imputación de relaciones jurídicas.* – ...

924 Como lo expresa la exposición de motivos adhiriendo a la tesis de la realidad jurídica “Se declara expresamente la calidad de sujeto de derecho que la sociedad reviste, si bien se precisa que ella guarda el alcance fijado en la ley. En este particular se adopta la mas evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica y, de este modo, la sociedad resulta así no sólo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica, esto es ni una ficción de la ley, reñida con la titularidad de un patrimonio y demás atributos propios de la personalidad como el domicilio, el nombre, la capacidad, ni una realidad física, en pugna con una ciencia de valores. Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuo pueda realizar el fin lícito que se propone... Lo expresado justifica el mantenimiento del precepto aún ante el nuevo texto del art. 39 del Código Civil...”.

925 Inf. España *p. 19 La personalidad de las sociedades ...constituye...la técnica de que se vale el Ordenamiento para dar respuesta al fenómeno de los operadores económicos colectivos o patrimonial-institucionales, en su ciclo de presencia en el mercado.

como la sociedad, fundaciones, patrimonios especiales y de afectación, leasing, empresa, fideicomiso, fondos, de los que la realidad da cuenta todos los días⁹²⁶.

Comparando fundación y fideicomiso se advierten las posibilidades de los recursos técnicos “personificar” o “patrimonializar”, que corresponden a una decisión de política jurídica, ajena a cuestiones ontológicas. Para el derecho privado patrimonial negocial, el legislador de cada país ha generado un cierto catálogo para las relaciones de organización –con cierta inteligencia– para cuando el negocio deba tener ciertos efectos respecto de terceros. Si bien puede ser distinto para cada país, guarda cierta lógica conforme a la complejidad de la organización o negocio que se intente. **La autonomía de la voluntad de quienes formalizan la organización les permite elegir el tipo de estructura que viene dotada o no de personalidad jurídica.** Se atiende así a aquellas relaciones⁹²⁷, en cuanto exista un patrimonio individualizado –elemento real– afectado a una actividad y centro de relaciones múltiples, capaz de generar beneficios pero también pasivos.

El centro imputativo se genera a través de técnicas de personificación o patrimonialización. El fideicomiso genera límites a la imputabilidad⁹²⁸ formando un patrimonio especial, sólo alcanzado por las obligaciones que para su administración y explotación contraiga el fiduciario⁹²⁹. No generaría efectos disímiles el uso del recurso técnico de la personificación. Fuentes, y particularmente el derecho más moderno considera los patrimonios autónomos como “una masa de bienes afectados a un fin determinado e investido de personalidad jurídica”⁹³⁰. Será fruto de una concepción dogmática que se recurra al patrimonio de afectación, disgregándolo de su titular (fideicomiso) o se cree un ente distinto a fin de afectar determinados bienes a un fin (fundación). La fundación alcanza ciertas características similares a las del fideicomiso por falta de contenido humano, con afectación de bienes para un fin, pero con técnica de personificación⁹³¹.

3. En sistemas como el argentino, dominados por el principio de tipicidad de los derechos reales, los recursos técnicos de imputación– no pueden ser producto de la autonomía contractual⁹³², pero aceptados por la ley quedan a libre acceso. Asumidos por acto negocial dentro de los recaudos que

926 RICHARD, Efraín Hugo *La responsabilidad en el contrato de leasing y fideicomiso*, publicado en AAVV “Responsabilidad por daños en el tercer milenio – Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini, 1997, Ed. Abeledo Perrot, pág. 561, directores Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci. Y nuestros libros “Organización Asociativa”, Ed. Zavalía; “Las relaciones de Organización – El sistema jurídico del Derecho Privado” (2ª ed.), “Relaciones de organización – Sistema societario” y “Relaciones de Organización – Sistema de contratos de colaboración”, editados por la Academia.

927 Inf. España *p.48 Y si, de acuerdo con el R.A.E., “organización” significa tanto la “acción y efecto de organizar u organizarse” [¡qué forma verbal reflexiva tan sugerente!], como “conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado”. Y si –a su vez– “organizar” significa “establecer o reformar algo, para lograr un fin, coordinando los medios y personas adecuados” o bien “disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados para lograr un fin determinado”, resulta obvio que las normas que componen el Derecho de sociedades se muestran, primeramente, como reglas al servicio de una técnica de organización –o de “organizaciones”, por lo general, legalmente predispuestas–, tanto en el plano externo; empresarial, e incluso supra-empresarial [así lo demuestra el régimen jurídico de los grupos de sociedades, y, en general, el régimen de la concentración económica], como interno. En este sentido, el Derecho de sociedades pretende –ante todo– proporcionar pautas para la conformación de *organismos* jurídicos –que son también, al mismo tiempo, unidades económicas productivas–... El Derecho de sociedades posee un evidente sentido instrumental: constituye un instrumento al servicio de los particulares, cuyo sentido es el de potenciar y ampliar las actividades económicas individuales, lo cual –en mi opinión– también se da en el caso de las sociedades unipersonales.

928 BONO, Gustavo Alejandro Fideicomiso en “Ley 24.441” Ed. Alveroni, p g. 12 y ss., especialmente p g. 27.

929 Solución adoptada por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas: arts. 14 primera parte y 15 ley argentina n° 24.441, arts. 1227, 1233 y 1238 del Código de Comercio de Colombia, y art. 2§ Ley de Fideicomisos de Venezuela.

930 Arts. 80 a 89 del B.G.B.. A su vez el Código Civil de Quebec de 1991 acepta bienes objeto de “una afectación”, título VI del libro IV “ciertos patrimonios de afectación, en dos capítulos que tratan respectivamente de la fundación y del fideicomiso.

931 Fundación “Organización para la realización de determinados fines reconocida como sujeto de derecho y que no consiste en una unión de personas”, definición de Ennecerus que recuerda BUSSO, Eduardo Código Civil anotado Bs. Aires 1944, tomo I p g. 228.

932 GALGANO, Francesco El negocio jurídico, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 1992, trad. esp., pág. 442.

exige la ley, extiende sus efectos a terceros, siéndoles “oponible” conforme los efectos previstos, con un nuevo sistema de imputación.

La existencia de patrimonios personificados requieren de una ley que autorice su constitución en función de un determinado fin⁹³³. Como con otros recursos técnicos, **los efectos respecto de terceros se plasman en cuanto se han cumplido las formas o registros previstos**⁹³⁴.

4. Nos centraremos en la figura característica en el ámbito de las personas jurídicas privadas: la sociedad. La sociedad es el sustento de la empresa por la decisión de afrontar una organización de capital y trabajo y constituye el patrimonio autogestante con finalidad propia que permite predicar la existencia de personalidad. Al repasar los caracteres fundamentales de la persona jurídica se advierten aspectos propios, como son: a) la organización y, por ende, estructura y estatuto particular; b) su finalidad diferenciada; y c) la existencia de un patrimonio propio. La personificación se vincula a la modalidad de generar un centro de imputación de derechos para facilitar relaciones organizacionales.

El ente personificado por la ley esta a disposición de la autonomía de la voluntad, que elige la estructura conveniente a su empresa **y cumpliendo los recaudos legales hacerla oponible a todos los terceros, acreedores individuales de los socios y de los terceros que se vinculen con el nuevo centro imputativo**.

5. Sociedad y personalidad jurídica: ¿Por que y para que? En el plano ideal persona es un recurso técnico para disciplinar y simplificar ciertas relaciones jurídicas. Es lo que Ihering llama “paréntesis”; Kelsen denomina “centro de imputación”; y Ross considera como “relación tu-tu”⁹³⁵.

Pongamos atención en el por qué o para qué de esa personalidad jurídica. ¿Cual es el objetivo o bien jurídico tutelado? Seguridad jurídica al unificar relaciones jurídicas, sin afectar derechos de terceros, o sea un fin eminentemente jurídico para el funcionalismo societario. Por este medio se están tutelando los intereses de quienes se vinculan con el mismo, más que la limitación de responsabilidad de los socios.

Se justifica en el “interés” de organizar la “empresa” y garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad. Este es el bien jurídico que fundamenta la personalidad jurídica. La limitación de responsabilidad no surge de la personalidad jurídica, sino de la tipicidad de segundo grado o sea del tipo de sociedad adoptada, y esa limitación esta acotada por su uso racional.

El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, más que de los socios. El derecho societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución pérdida del capital social, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”⁹³⁶, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerada por algún otro como *anticoncursal*”⁹³⁷.

933 No ingresamos en el tema de la causa que guía a los constituyentes, pero entendemos que ella es la elección del tipo personificado para afrontar determinada empresa (objeto-actividad).

934 Informe Esp. *p.34De ahí que, debido a una ficción legal, basada en la presencia de un sustrato material, se finja una persona en forma de organización. – Este planteamiento podría, tal vez, enraizar en las nuevas concepciones acerca de la eficacia del Contrato; en efecto: el Contrato, en general –y el de constitución de una sociedad no puede constituir una excepción–, es susceptible de ser considerado en términos de una global “*situación contractual*”; perspectiva que no carece de trascendencia para el Derecho, y desde la cual es posible conjugar dos ideas, tan aparentemente contradictorias, como la del “*principio de relatividad del Contrato*” y la del “*principio de oponibilidad absoluta de la situación contractual*”, que ni siquiera los terceros no contratantes, pueden válidamente desconocer ni lesionar. Y, en este sentido, la oponibilidad absoluta de un contrato que crea una organización destinada a actuar en el tráfico y a crear relaciones jurídicas con terceros, podría muy bien consistir en el *reconocimiento* de la *personalidad* a la *organización* creada.

935 Colombres, Gervasio, Curso de Derecho Societario, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 60.

936 URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. *La sociedad anónima: disolución* Cap. 4, pág. 1001 en “CURSO DE DERECHO MERCANTIL” dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs.. 1009 a 1013.

937 DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

6. Tema central, desde lo práctico, es **determinar el momento desde que se reconoce la imputación diferenciada** erga omnes: ¿la elección del medio, la inscripción y/o la mera actuación?⁹³⁸.

El nacimiento (reconocimiento) y desaparición de un centro de imputación (particularmente de una persona jurídica) se vincula a la realidad. Y la misma son las relaciones jurídicas imputables a un conjunto de bienes o patrimonio separado (activas y pasivas). O sea cuando ese centro es reconocido como diferenciado por y para terceros, y no se vinculan con los socios sino con ese centro.

La publicidad de hecho o de derecho, y las formalidades legales dan seguridad a socios y, particularmente, a terceros. A éstos por cuanto sus créditos se garantizan con el patrimonio afectado (imputado). A los socios por cuanto determinan grados de responsabilidad (tipicidad de primer y segundo grado en el tipo elegido para organizarse), marcando el grado de estanqueidad patrimonial respecto de los socios de no resultar satisfechas las obligaciones de terceros.

De no haberse cumplido con los requisitos de publicidad del nuevo ente que exija la norma, estaremos frente a un centro imputativo de limitados efectos internos o con terceros vinculados, que es apto para alcanzar la personalidad cuando se cumplan esos requisitos y recién allí generar efectos erga omnes.

7. La sociedad generada por declaración unilateral de voluntad⁹³⁹ tiene el efecto fundamental de proteger a los terceros que contratan con un único empresario que desarrolla múltiples actividades⁹⁴⁰, permitiendo vincular cada actividad con los terceros que se relacionen con la misma.

8. El abuso en esos casos, como también en la sociedad con biplurilateralidad constitutiva y funcional, permite aplicar el sistema de la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica” –que en forma alguna afecta a la persona jurídica–, permitiendo imputar o responsabilizar a los abusadores (socios o controlantes)⁹⁴¹. La personalidad jurídica subsiste salvo supuestos de sociedad ficticia o

938 Inf. España *p.75 III.4.1.– *Nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Uno de los problemas clásicos y más importantes –por su trascendencia práctica–, suscitados en torno a la personificación de las sociedades mercantiles, es el de cuándo y cómo surge esa personalidad; es decir: de qué manera y a partir de qué momento, la previsión legal genérica por la que se reconoce –*rectius*, se concede– personalidad jurídica a una sociedad, en abstracto, se materializa concretamente, en la adquisición específica, por una sociedad..., de la personalidad jurídica, que el Ordenamiento le permite adquirir.

939 Aceptada hoy en la escisión, aunque parecería que de inmediato debe generarse la participación de otro socio, lo que importa una respuesta dogmática, pues nada se opone a la continuidad con un solo socio, sin perjuicio de responsabilidades. RICHARD, Efraín Hugo *En torno a la sociedad unipersonal* en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande 1992, Actas tomo I Pág. 273.

940 Inf. España *III.6.2.– *La personificación de las sociedades unipersonales*. *p.121 Sin embargo, España –y la Europa Comunitaria– han optado por la técnicas de las “*sociedades*” unipersonales, lo cual podría parecer, en términos dogmáticos, un error; un defecto del Derecho español –y europeo– de sociedades, que habría quedado, técnicamente, por debajo del Derecho peruano. Y, sin embargo, esta sería una conclusión tal vez equivocada, ya que la configuración de la Sociedad Unipersonal como tal “*sociedad*”, permite la recomposición de la pluralidad de socios, sin tener que llevar a cabo un complejo –y costoso– proceso de refundación: simplemente, transfiriendo el socio único, a otra persona, alguna participación. Mas no cabe duda de que la Sociedad Unipersonal supone una clara anomalía, al tiempo, en el sistema del Derecho de sociedades y en el sistema del Derecho de Personas, ya que –en términos reales– conduce a una quiebra material –aunque no formal– del principio de responsabilidad patrimonial *universal*, de los empresarios; razón por la cual es preciso ofrecer algunas garantías legales, normativamente previstas. para evitar posibles abusos.

941 Inf. España III.6.– UNA CONSECUENCIA DE LA “*REGULARIDAD*” DE LA PERSONA JURÍDICA: LOS “*LÍMITES*” DE LA PERSONALIDAD FICTA Y EL “*LEVANTAMIENTO DEL VELO*”. *p.102 III.6.1.– *Levantamiento del velo de la personalidad jurídica e interpretación teleológica de las normas que tutelan el reconocimiento de la personalidad*. A la vista de todas las circunstancias expuestas, parece evidente que la personalidad jurídica solamente puede concebirse como algo *externo, ficticio* y esencialmente dotado de *límites intrínsecos*, de forma que no pueda prevalecer sobre la Persona Humana, en aquéllos casos en los que o bien no conviene llevar a cabo esa referida unificación de actos y titularidades; para lograr un régimen de imputación colectiva singularizada y “*separada*” de relaciones jurídicas... o bien, alternativamente, ... emprendiendo una lucha contra aquellos supuestos de “*deformación*” de la Personalidad jurídica, que ha sido “*utilizada para fines que el Ordenamiento no puede, o mejor dicho, no debe proteger*”.

confusión patrimonial absoluta que impondría liquidación y responsabilidad. El instituto sólo altera las reglas de imputación y/o de responsabilidad. Imputación cuando se trata de soslayar el cumplimiento de una obligación, y responsabilidad cuando se trate de reparar un daño⁹⁴². La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión *disregard of the legal entity*⁹⁴³. **La expresión “descorrer el velo”, usado en el informe es superadora.**

En la doctrina de EEUU se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de responsabilizar, llegando a sostener que no existen elementos esenciales diferenciadores entre esa teoría y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*. Consideramos que **el abuso de técnicas personificadas comporta un sistema de responsabilidad o imputación propio de las relaciones de organización.**

9. Mientras la doctrina argentina debate sobre la supuesta personificación de las sociedades de hecho, la realidad desafía tal posición. En nuestro sistema la Exposición de Motivos de la ley de sociedades dogmáticamente afirma que la personalidad de esas sociedades es “precaria y limitada”, expresión opinable pues la personalidad es única⁹⁴⁴, se tiene o no se tiene. La norma no se expresa.

La simplificación de relaciones que comporta el reconocimiento de la personalidad es frágil para la sociedad de hecho, salvo confesión judicial o extrajudicial fehaciente de todos los que supuestamente la componen. De no –y aún en esos supuestos en muchos casos– quién pretenda ejecutar la relación jurídica incumplida contra esa sociedad, deberá legitimar pasivamente a ésta, a todos los supuestos integrantes y acreditar que dicha relación es imputable a la sociedad y no a alguno o algunos de los socios⁹⁴⁵. **El efecto erga omnes no existe.**

La supuesta personalidad de las sociedades no exteriorizadas⁹⁴⁶, si bien asegura efectos desde la firma del contrato, limita ese efecto unificador y simplificador en la relación terceros-sociedad-socios

942 RICHARD, E.H. *Inoponibilidad de la persona jurídica. Imputabilidad y Responsabilidad*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 págs. 191 a 246.

943 Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990 sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada.... A criterio de la corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad PERSONIFICADA es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. Corporate Veil Cannot Be Pierced To Impose Superfund Liability On Parent, in Securities Regulation and Law Reports, vol. 22, 2 febbraio 1990, p. 158 y ss.).

944 Inf. España “O se tiene personalidad –es decir: capacidad para ser titular de derechos y obligaciones–, o no se tiene, en absoluto. No caben medias tintas.”.

945 Inf. España *p.80 “... de modo que este segundo párrafo podría hacer pensar que, verdaderamente, las sociedades mercantiles adquieren su personalidad jurídica simultáneamente a –y por causa de– la propia *constitución*. Mas, entonces se suscita el problema de *qué se entiende* por “*constitución*” de la Sociedad o qué se entiende cuando se dice que la compañía mercantil se halla “*constituída*”. Y aquí se incurre en una *primera falacia*: la de dar por supuesto que la “*constitución*” de la Sociedad se refiere al simple hecho de la celebración del contrato, y que –asimismo– la Sociedad queda “*constituída*”, cuando se ha celebrado el contrato de sociedad. Pero, sobre todo, sucede que la tesis de la personificación derivada directamente de la perfección del contrato, choca frontalmente con los textos legales ... Y, en este sentido, el CCo. distingue claramente dos tipos de planos o niveles” las relaciones internas y las externas..

946 La supuesta personalidad de la sociedad de hecho contradice el fin señalado y fijado en el Segundo Congreso de Derecho Civil referido al “sólo fin de darle publicidad y certeza por el simple registro” superando el otorgamiento de la personalidad jurídica. También el criterio fijado por el art. 46 CC para reconocer a ciertas asociaciones como sujetos de derecho, basado siempre en el principio de certeza y publicidad para no afectar derechos de terceros. – La sociedad no siempre es persona jurídica, y así en Francia la sociedad de hecho no es persona moral. La legislación francesa, a partir de la ley del 4 de enero de 1978, siguiendo a la jurisprudencia, ha consagrado la aplicabilidad a las sociedades creadas de hecho las disposiciones de las sociedades en participación (art. 1873 nuevo del Código Civil).

(incluso entre estos cuando no existe contrato, sino actuación de hecho). Su personificación afecta derechos de terceros, y parece desproporcionado su reconocimiento, bastando la responsabilidad de los socios en cuanto hayan generado apariencia en tal sentido⁹⁴⁷.

Por otra parte, la personalidad se corresponde a la exigencia de un patrimonio separado. Y así como la sociedad de hecho carece de capital estatutario, en muchos casos es difícil determinar si tiene patrimonio, aparte la supuesta imposibilidad normativa de comprar bienes registrables. Esa opinable personalidad debe ser analizada con particular cuidado y con limitados efectos, porque es sólo un procedimiento técnico para facilitar la gestión de los bienes puestos en común, careciendo de significación si no se expone en relación con terceros⁹⁴⁸. Estas, como las sociedades irregulares y en formación, generan limitados efectos imputativos **que pueden perfeccionarse cuando se cumplan los requisitos fijados por la ley para que la relación de organización quede personificada**, como hemos anticipado intentando superar la cuestión.

Todo lo referente a sociedades no inscriptas o atípicas debería resolverse a través de la responsabilidad, no alterando los centros de imputación respecto a los acreedores individuales de los supuestos socios que se verían preteridos por los supuestos acreedores sociales, o sea de la supuesta persona jurídica (sociedad de hecho)⁹⁴⁹.

10. Sobre figuras asociativas no personificadas por la ley se afirma –desde un dogmatismo supuestamente realista– que pese a la disposición normativa argentina determinando que no son sujetos de derecho (UTE, ACE, consorcio de cooperación y sociedad accidental), la ley impositiva les ha impuesto tal calidad. Apuntamos que tal personificación por la legislación tributaria de UTE, AC y Consorcio es para el supuesto que las mismas actúen como sujeto de derecho, y por atipicidad funcional y exorbitación de la representación de los partícipes generando la existencia de un sujeto societario atípico. Si puede haber responsables por deuda ajena⁹⁵⁰. El problema más grave no es el de responsabilidad sino la alteración de centros de imputación respecto de terceros: los acreedores individuales de los supuestos socios.

Córdoba (República Argentina), 14 de septiembre de 2010.

No altera esa apreciación que se acepte que los “socios” se presenten unificadamente en el procedimiento de “redresment judiciare”. La situación no implica otorgarles personalidad, sino en forma similar a lo dispuesto por nuestra ley de concursos n° 24.522 en sus arts. 65 para los agrupamientos y art. 68 para vínculos de garantías, se autoriza la presentación en un único proceso. La razón es de economía procesal.

947 MUIÑO, Orlando Manuel – RICHARD, Efraín Hugo “EN TORNO A LA NO PERSONIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE HECHO”, Comunicación al X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, tomo I pág. p. 693. Enrolándonos en posición divergente, o sea en relativizar la aparente personificación de la sociedad de hecho, que sólo tendría virtualidad conforme el art. 26 LSC en supuestos de quiebra. Sería aplicable el Código Civil en su art. 1666 “La sentencia pronunciada, declarando la existencia de la sociedad a favor de terceros, no da derecho a los socios para demandarse entre sí, alegando tal sentencia como prueba de la existencia de la sociedad”. O sea que se convierte en un sistema de responsabilidad, no generándose una persona jurídica y, como tal, un centro imputativo autogestante. Sólo es prueba de la existencia de la sociedad de hecho en CCA “La sentencia pronunciada entre los socios en calidad de tales” (art. 1665 ap. 4). Incluso el reconocimiento extrajudicial entre socios de la existencia de una sociedad de hecho no puede invocarse para afectar derechos de terceros (art. 1195 CCA), pues se podría intentar preterir a acreedores individuales.

948 Cámara Nacional Comercial, sala B, Julio 3 de 1979, in re: “*Splenser, Carlos c. Eisler, Eric*”.

949 Inf. España *p.82 Por consiguiente ... revela que la adquisición de personalidad jurídica, por las sociedades mercantiles precisa de publicidad *legal* y que esa publicidad legal, lo es porque y en cuanto es publicidad *registral*.

950 La atribución de sujetos de impuestos a las ganancias o IVA de UTEs, ACs y Consorcios de Cooperación, lo es –eventualmente– como “contribuyentes”. Desde un punto de vista estrictamente tributario y técnico, lo que hace nacer la obligación tributaria es el “hecho imponible”. Frente a su acaecimiento, la ley tributaria analiza a quien atribuirlo. De allí que puedan ser designados como “contribuyentes” personas físicas incapaces, fenómenos asociativos (o figuras contractuales) sin personalidad jurídica. Por ello se crea la figura del “Responsable por Deuda Ajena”, donde lo que se hace es desplazar la responsabilidad por los deberes formales y materiales inherentes al sujeto contribuyente hacia otra persona que tiene capacidad de determinar la deuda tributaria, pagarla y cumplir con deberes formales. Esa responsabilidad fiscal es otra cosa.

FUNDAMENTO Y DELIMITACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS

COMUNICACIÓN

sobre la Ponencia “La personalidad jurídica en el Derecho español”, Sección 3ª del Congreso

José Luis Martínez López-Muñiz⁹⁵¹

1. Identidad básica de las personas jurídicas y de su fundamento.

La distinción entre personas jurídicas privadas y públicas expresa a la vez la realidad de la unidad del Derecho y la importancia de su suprema división en privado y público⁹⁵²: unas y otras son, efectivamente, personas jurídicas y el reconocimiento de su condición, como tales, de sujetos del Derecho responde a razones comunes que el progreso en el conocimiento de las exigencias jurídicas de la vida en sociedad y de su más conveniente, útil y eficaz articulación positiva, ha ido detectando y asumiendo desde hace siglos en la cultura de matriz grecorromana y europea. La Ponencia habla ampliamente de ellas, aunque refiriéndolas sobre todo a las privadas y especialmente a las surgidas y desarrolladas en el ámbito mercantil. Pero personas jurídicas de todo tipo, privadas o públicas, comparten en realidad las razones básicas que explican la construcción histórica de esta fundamental categoría jurídica, como medio de diferenciar ámbitos de titularidad jurídica y, con ello, de responsabilidad en las relaciones conformadas por el Derecho, de modo que la posición y la actuación de personas físicas concretas con relevancia jurídica puedan tenerse inmediata y directamente como propias, no de ellas mismas en cuanto tales –o no sólo, ni primariamente–, sino de ciertos sujetos inmateriales, creados por el mismo Derecho, por entramados de relaciones –organizativas– con esa relevancia jurídica⁹⁵³. En la práctica, en los ordenamientos modernos, se reconducen o bien a agru-

951 Académico de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid (España).

952 De lo que nos hemos ocupado recientemente en *Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, 23 de octubre de 2009. Se publicará también en 2011 en la *Revista General de Derecho Administrativo*, edición electrónica de iustel.com.

953 “It is essentially the legal identity of a set of contractual obligations and entitlements” (*Loving & Associates, Inc. v. Carothers*, 619 N.W.2d 782 (Minn.Ct.App.2000): voz “Corporations”, *American Jurisprudence*, 2d, vol. 18,

paciones de personas, aunadas en una u otra medida por el interés o la necesidad común para llevar a cabo conjuntamente determinadas acciones con alguna repercusión en ellas mismas o en terceros (*universitates personarum*), o bien a conjuntos de bienes o de medios funcionales, más o menos elementales o complejos, adscritos permanentemente a cierto fin y constitutivos como tales de una diferenciada unidad de referencias y titularidades jurídicas, para cuya presencia y actuación en la sociedad en orden al indicado fin, requerirá de determinadas personas a su servicio que se ocupen de su gobierno, administración y gestión (*universitates rerum*). Aquéllas pueden surgir de la libre voluntad de sus miembros, y sustentarse, por tanto, en el derecho fundamental a la libertad de asociación (caso de las asociaciones y sociedades de todo tipo, incluidos los partidos políticos, los sindicatos libres, etc.), o bien ser establecidas de algún modo imperativo y obligatorio bajo ciertas condiciones –no por tanto en ejercicio de la libertad de asociarse–, que es lo específico, como enseguida veremos, de las colectividades políticas y corporaciones públicas, comenzando, desde luego, por la suprema entre ellas, el Estado, de la que, a la postre, las otras dependen. Pero en todas ellas la voluntad directiva es conformada en principio por sus miembros, de modo que suelen caracterizarse por lo que podría llamarse un autogobierno. Las *universitates rerum*, en cambio, proceden siempre exclusivamente de la voluntad de alguien exterior a ellas mismas –aunque pueda quedar incorporado de algún modo a su gobierno y administración– al que el propio Derecho reconoce ese derecho de fundación por justificadas causas; carecen de *miembros* propiamente dichos –carecen de un sustrato formado por personas, como dijimos– que puedan conformar una voluntad directiva, y ésta corresponderá, por tanto, en ejecución de la voluntad fundacional, a las personas físicas que el fundador haya establecido al determinar su régimen de gobierno, administración, gestión y actuación. Se trata en suma de las fundaciones y establecimientos o instituciones de índole fundacional, en sus diversas posibles modalidades, que incluso podrían comprender diversas formas históricas de *oficia* o de instituciones públicas de gobierno, configuradas en épocas previas a las democracias constitucionales contemporáneas o en el seno de otro tipo de comunidades no políticas –ni conformadas por un principio de democracia interna–, con independencia de que en algunas realidades fundacionales –el común de las universidades, en cuanto instituciones de educación superior, por ejemplo– tenga su especial importancia a diversos efectos la realidad comunitaria que se constituye entre los beneficiarios y servidores de los fines institucionales, habiéndose podido aplicar también a tales comunidades fundacionales o institucionales la noción analógica de *corpora* o corporaciones que, con diversos alcances semánticos, ha sido común predicar en general de las personas jurídicas o de muchas de ellas, y, ciertamente, sobre todo, de las *universitates personarum*⁹⁵⁴. Por debajo, sin embargo, de similitudes, la realidad básica asociativa o institucional, personal o real, de unas y otras de esas realidades, marca una diferencia sustancial de la mayor trascendencia.

Es la personalidad jurídica de estas realidades, normalmente constitutivas de determinadas organizaciones, algo, desde luego, establecido y determinado por el Derecho mismo, de modo que se entiende que para distinguirlas de las únicas personas propiamente tales, en sentido ontológico y no meramente jurídico –los seres humanos, por el simple hecho de serlo–, se haya dicho con frecuencia que las personas jurídicas constituyen una *ficción* jurídica (*personae fictae*). No se trata, sin embargo, de pura ficción, de algo sin sustrato real alguno, de un tecnicismo arbitrario. Tienen una importante base real, aunque sea jurídica: no sustantiva sino relacional. Pero lo relacional y concretamente lo jurídico, aun en su inmaterialidad, no deja por ello de ser real y contener exigencias determinadas. La expresión *personae fictae* es, por eso, equívoca y menos pertinente. Seguramente es más apropiada su denominación como personas *morales*, utilizada otras veces, por cuanto tal adjetivación alude a su ausencia de corporeidad física, de sustantividad material propiamente dicha: como el Derecho mismo, por su naturaleza relacional, son una realidad inmaterial, aunque discernible –como

Thomson-West 2004).

954 Remitimos sobre esto a nuestro estudio “Autonomía de los centros escolares y derecho a la educación en libertad”, *Persona y Derecho*, 50 (2004), pp. 447-504.

el Derecho— por las facultades del espíritu humano⁹⁵⁵. Pero la expresión más atinada —y la más usual actualmente— es precisamente la de personas *jurídicas*, pues, ciertamente, no son sino hechura del Derecho, criatura jurídica.

Cuanto por el Derecho, y en particular el contemporáneo, se reconoce de uno u otro modo como persona jurídica, responde a la conveniencia y aún la necesidad de diferenciar titularidades (activas y pasivas) y actuaciones imputables a esas realidades relacionales que aparecen como soportes unitarios de intereses, voluntades y fines específicos y diferenciados, y las atribuibles a las personas humanas individuales que necesariamente, por uno u otro medio, las representan y actúan por ellas. Se reconoce a tales realidades como personas, sin duda por analogía con las únicas personas con entidad real sustantiva —cada uno de los seres humanos en su individualidad, centro y fin de todo el Derecho—, pero sólo en cuanto a su funcionalidad subjetiva como soporte unitario de titularidades e imputaciones de relevancia jurídica. Carecería de sentido, desde luego, proyectar sobre las personas jurídicas cuanto es propio y exclusivo de los seres humanos, más allá de esa funcionalidad y con el alcance, en cada caso, razonable. Las personas jurídicas, aun siendo sujetos del Derecho, tienen, con toda evidencia, una razón de ser instrumental que nunca ha de poderse aplicar a ningún ser humano. Son instrumentos jurídicos al servicio de la persona humana, que facilitan una mejor y más ordenada y comprensible determinación de complejas relaciones socialmente necesarias. Nunca se justifican por sí mismas: ni las *universitates personarum*, que tan claramente tienden a hacer posible o más fácil entre muchos lo que es difícil o imposible alcanzar individualmente, ni, menos aún, las *universitates rerum*, que tienen, si cabe, una razón de ser aún más netamente instrumental para el logro de determinadas finalidades que se consideren de un interés social suficientemente relevante y susceptible de ser independizado, en una u otra medida, de la voluntad y medios de su fundador.

2. La razón de ser específica de las personas jurídicas públicas en su heterogeneidad.

Aun siendo enteramente aplicables a las personas jurídicas públicas cuanto queda sucintamente recordado, que es común a todas las personas jurídicas, preciso es afirmar, de inmediato, que se distinguen o deben distinguirse por un peculiar fundamento específico, que marca la neta diferencia que las separa y distancia de las personas jurídicas privadas, ancladas éstas, en cuanto tales, precisamente en las libertades de asociación y fundación —y el derecho a la propiedad privada—, derechos fundamentales de la persona humana.

Las personas jurídicas públicas —ya ha sido apuntado— se fundamentan específicamente —como públicas— en el carácter de alguna manera impositivo u obligatorio de su origen y existencia: directamente en el caso de las que, entre ellas, con base de ordinario territorial, se sitúan en las posiciones más básicas del sistema político-jurídico en que se articula el Poder público, o de las que se configuran, más subordinadamente, como corporaciones sectoriales o “asociaciones de configuración legal”⁹⁵⁶ que no admiten alternativas para las mismas funciones en el mismo territorio; derivadamente en el de cuantas otras se constituyan como instrumentos operativos suyos. Un fundamento impositivo y obligatorio que es precisamente, además, la razón de ser principal de todo el Derecho público⁹⁵⁷.

Esa misma fundamentación delimitará el alcance de lo que deban ser consideradas como personas jurídicas públicas. Allá donde una organización diferenciada se constituya en Derecho como

955 La acepción nos parece que tiene que ver con las significaciones 2 y 5 del término *moral*, como adjetivo, recogidas por el Diccionario de la Real Academia Española (22^a.ed), en cuanto se dice de algo “que no pertenece al campo de los sentidos por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia (como *prueba*, *certidumbre moral*)”, y del “conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a *físico*”.

956 En la expresión empleada por la STC 67/85 para las federaciones deportivas. Vid. la STC 107/96, principalmente su FFJJ 4 y 10, B), y el ap. I del voto particular discrepante del Presidente del TC Rodríguez Bereijo y otros cuatro magistrados.

957 Venimos sosteniéndolo desde nuestra *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid 1986, pp. 59 y concordantes.

algo de algún modo obligatorio para sus miembros, o sus administrados y súbditos⁹⁵⁸ –fuera del ámbito de la familia o de las instituciones tutelares de menores e incapaces– estaremos ante una persona jurídica pública, se use o no está expresión para reconocerlo. Como lo estaremos cuando se trate de organizaciones subjetivamente diferenciadas creadas por las personas jurídicas públicas como instrumentos para su acción, salvo que por excepción se constituyan expresa y formalmente como privadas, sin perjuicio de las cuestiones sobre la legitimidad de esta opción –o de sus límites– que puedan suscitarse. Se explica así el general reconocimiento en el Derecho contemporáneo –con amplios precedentes en la Historia– de la personalidad jurídica de los Estados, tanto *ad extra* como *ad intra*, en cuanto expresión jurídica de cada una de las comunidades políticas constituidas con carácter supremo en cada territorio, para promover, ordenar y garantizar su bien común en sus aspectos al menos más fundamentales⁹⁵⁹. En su comprensión contemporánea en los países más desarrollados culturalmente, se fundamentan en la agrupación inicialmente obligatoria de sus ciudadanos en pie de igualdad para los fines sociopolíticos que le son propios y que suelen especificarse en sus respectivas normas fundamentales o Constitución política, que determinan su unidad y ordenan su actuación como tales, mediante un sistema de autoridades, instituciones u órganos más o menos complejo, en razón del principio de separación de poderes y cuantos en él se contienen, junto a otros también relevantes para esa organización. La personalidad jurídica –internacional e interna– de los Estados no es algo exclusivo del ámbito continental europeo o de las áreas bajo su predominante influencia cultural. También está ampliamente reconocida en el mundo angloamericano⁹⁶⁰. Y si es verdad que en el Reino Unido, por su apego a términos tradicionales, sigue habiendo quien niega la personalidad jurídica del Estado en el Derecho interno, no es menos cierto que la noción de la Corona cumple allí idéntica función, aunando entorno a ella, de apropiado modo, las acciones de los diversos Poderes del Estado, en sentido propio, de modo similar a como lo lleva a cabo la personificación formal de éste en la generalidad de los países⁹⁶¹. Y la evolución de la concepción del orden político ha ido obligando al menos a interpretar esa peculiaridad terminológica británica de modo compatible con la soberanía del Parlamento –y a la postre del pueblo–, que es la que sustenta unitariamente al conjunto de las instituciones del Estado como en los demás países. Es ese Parlamento –cuya orientación corresponde al pueblo que lo elige– quien decide cómo se obtienen y se aplican todos los recursos necesarios a las instituciones del Estado –de la Corona–, cómo han de organizarse y actuar éstas y quien y cómo responderá de sus actos. Y de todo ese entramado se distinguirán netamente los gobiernos locales, que tienen su sustentación y su personificación propia, igual que en el común de los sistemas políticos contemporáneos, aunque se sometan a la ordenación superior del Estado (o de las instituciones de la Corona, que tanto da).

Se explica análogamente, por lo demás, el reconocimiento de la personificación jurídica de otras colectividades territoriales, descentralizadas o, como en el Derecho español, autónomas y subordinadas al Estado, tales como las españolas Comunidades Autónomas o las Administraciones Locales (artículos 2 y 137 y ss. de la Constitución). O el reconocimiento como personas jurídicas públicas de las denominadas Corporaciones públicas sectoriales, como los Colegios profesionales o las Cámaras oficiales y otras entidades de similar naturaleza, basadas respectivamente en el Derecho español ac-

958 En modalidades de organización política o pública en que la condición de administrados o súbditos no se vea acompañada y aun precedida por el reconocimiento de las mismas personas como auténticos *domini o señores*, colectivamente, y en igualdad de derechos, de esa organización –*ciudadanos*, por tanto, en plenitud–, y ésta no se configure, en consecuencia, como auténtica *universitas personarum*, contra lo que es propio del Estado de Derecho y más aún adjetivado como democrático. Aunque también en éste el ciudadano es obviamente a la vez súbdito y administrado. La obligatoriedad en el caso de las entidades públicas territoriales se proyecta además en alguna medida sobre cualquiera que se encuentre en su ámbito territorial, aunque sea transitoriamente.

959 Sin perjuicio de las precisiones que hayan de hacerse con respecto a la peculiaridad de los Estados miembros de los Estados federales en punto a la soberanía.

960 Basta echar un vistazo a las recopilaciones jurisprudenciales americanas para ver la abundancia de pleitos –con particulares– en que un Estado de la Unión o los Estados Unidos –el Estado Federal– son partes.

961 “In practice, if not in law, both king and Crown came to represent the power of the State or the nation” (Chester, N., *The English administrative system (1780-1870)*, Clarendon Press, Oxford 1981, p.95).

tual en los artículos 36 y 52 de la Constitución, entre las que deberían incluirse organizaciones como las federaciones deportivas u otras supuestas asociaciones creadas, reconocidas o reguladas por el Poder público para determinadas tareas o actividades cuya realización no es posible a los ciudadanos o a las personas en general por otros medios, puesto que legalmente no admiten libres alternativas paralelas o “en competencia” en el mismo territorio.

En fin, la obligatoriedad inherente al vínculo público, su fundamentación al margen de las libertades, demanda igualmente la consideración como personas jurídicas públicas de cuantas entidades –institucionales, de ordinario– creen otras personas jurídicas públicas como instrumentos más o menos descentralizados o autónomos de su propia actuación: en el caso del Derecho español, Organismos públicos de diversa índole, como los llamados tradicionalmente Organismos Autónomos, las más recientes Entidades públicas empresariales, las nuevas Agencias y la variedad de Institutos o de Comisiones o Instituciones con personalidad jurídica pública –algunos de ellos con un estatuto denominado de independencia, como el Banco de España o determinadas Comisiones reguladoras– que pululan, con razón o sin ella, en las manos del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales. También, finalmente, por las mismas razones, las organizaciones constituidas por agrupación o asociación exclusiva o dominante de entidades públicas, a nivel internacional, supranacional o interno, deben ser igualmente consideradas personas jurídicas de Derecho público.

3. Toda Administración pública necesita el soporte de una persona jurídica, pero las más importantes Administraciones públicas no son en sí mismas personas jurídicas.-

A estas alturas, múltiples datos legales y jurisprudenciales acreditan la personalidad jurídica interna del Estado español y la de cada una de las Comunidades Autónomas, sin que, en cambio, existan normas válidas en vigor que la nieguen⁹⁶². Esa personalidad jurídica cubre la integridad de la organización institucional respectiva del Estado y de cada Comunidad Autónoma, con excepción de las entidades instrumentales de uno y otras expresamente constituidas con su correspondiente personalidad jurídica propia. Ni las Cámaras de sus Poderes Legislativos, ni sus respectivos Ejecutivos –sus Administraciones generales–, ni los Tribunales, ni sus respectivas Administraciones parlamentarias, ni la Administración Judicial Autónoma formada por el Consejo General del Poder Judicial y las Salas de Gobierno de los Tribunales de Justicia, ni la Administración Electoral, ni las instituciones auxiliares de sus Poderes Legislativos del tipo del Defensor del Pueblo o del Tribunal de Cuentas, tienen reconocida en ninguna de nuestras leyes personalidad jurídica propia, aunque sí pueda decirse en alguna o algunas que *actúan* con personalidad jurídica única⁹⁶³, la que corresponde, en efecto, en cada caso, al Estado o a la Comunidad Autónoma de la que son órganos o instituciones.

La tesis del profesor García de Enterría –sin que por ello desmerezcan sus tan notables contribuciones a la modernización y progreso del Derecho público español– sobre la esencialidad de la personificación jurídica de todas y cada una de las Administraciones públicas, en sí mismas conside-

962 Un “principio de nuestro Derecho público, según el cual el Estado constituye una única persona jurídica, sin perjuicio de la competencia de los distintos Departamentos ministeriales, órganos de una sola e indivisible Institución”, decía la exposición de motivos de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, que, entre otras cosas, reguló la responsabilidad patrimonial *del* Estado por el funcionamiento de su Administración (Título IV). Esta Ley estuvo vigente en gran parte hasta la compleja entrada en vigor de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que nada dispuso en contra. Vid. STC 32/83, FJ 1. Alfredo Gallego Anabitarte, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, Madrid 1992, se hace eco de la no escasa doctrina española que ya tras la Constitución de 1978 ha insistido en la evidencia de la personalidad jurídica del Estado y no de su Administración ni de ninguno de sus demás órganos. Puede verse también mi *Introducción...cit.*, pp. 48-52 y mis estudios “El concepto de Administración Pública de la Ley de lo Contencioso tras la Constitución de 1978”, *RAP*, 96 (1981), 179-233, y “Delimitación del sujeto pasivo necesario de la Justicia administrativa”, en María Jesús Montoro Chiner (Coord.), *La Justicia administrativa (Libro homenaje al Prof. Dr. Don Rafael Entrena Cuesta)* (ISBN 84-95458-86-1), Atelier, Barcelona 2003, pp. 310-312.

963 Leyes 30/92, art.4.4 y 6/97 [LOFAGE], art.2.2. El art. 42.1 de esta última Ley dice, en cambio, de los Organismos Autónomos que *tienen* personalidad jurídica pública diferenciada, expresión bien distinta.

radas⁹⁶⁴, ni está de acuerdo con la doctrina común asentada en la generalidad de los países, ni nunca ha tenido un respaldo positivo en el ordenamiento jurídico español, que siempre ha contenido, por el contrario, afirmaciones suficientemente inequívocas de la personalidad jurídica unitaria del Estado y, luego, también de cada una de las Comunidades Autónomas. Aunque, obviamente, toda Administración, como todo órgano o conjunto orgánico o institucional que actúe en Derecho, necesita del soporte de una subjetividad o personalidad jurídica, sólo las Administraciones inferiores (las locales, en España, las corporativas sectoriales y las institucionales) están por sí mismas personificadas, pero las Administraciones superiores, integradas como están en organizaciones políticas que no limitan su acción a lo ejecutivo o administrativo, forman parte de personas jurídicas que las comprenden y exceden (el Estado y las Comunidades Autónomas), y carecen de personalidad jurídica propia, distinta respectivamente de la del Estado o de la correspondiente Comunidad Autónoma. Por eso hay una responsabilidad patrimonial del Estado —o de la Comunidad Autónoma—, unos contratos, un patrimonio, unos servicios, un personal, etc. del Estado o de cada Comunidad Autónoma, con independencia de la diversidad de adscripciones orgánicas e institucionales que caben en razón del tipo de órgano o del conjunto orgánico operante⁹⁶⁵. Tratándose además de organizaciones que en su conjunto alcanzan internamente notable complejidad, con órganos o conjuntos orgánicos con una relación recíproca presidida por un criterio de autonomía o incluso de independencia requerido por el principio de separación de poderes o el de la independencia judicial (de cada juez y de cada órgano judicial), se comprende perfectamente que tales órganos o conjuntos orgánicos actúen en ellas a veces con cierta subjetividad —caben incluso ciertos conflictos jurisdiccionales entre ellos—, pero eso ni les reviste de personalidad jurídica ni les impide seguir siendo órganos de la misma persona jurídica, cuya ordenación y financiación dependerá a la postre de la misma única voluntad, la misma que retiene asimismo la responsabilidad misma sobre su existencia, conformación y efectivo funcionamiento, es decir el núcleo imprescindible requerido como sustrato jurídico de una personalidad jurídica⁹⁶⁶.

Por lo demás, la teoría orgánica en la estructuración y funcionamiento de las personas jurídicas, sin duda basada en cierta analogía con respecto a las humanas, se ha demostrado fructífera, sin necesidad alguna de incurrir en gratuitos excesos “biologicistas”⁹⁶⁷.

964 Publicada por vez primera en su conferencia “Verso un concetto de Diritto Amministrativo come Diritto statutario”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, pp. 317 y ss., reafirmada en “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 129, pp. 195 y ss., se encuentra asimismo en García de Enterría, E., y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14ª ed., Thomson-Civitas, Madrid 2008, pp. 29 y ss. y 371 y ss.

965 Vid. nuestra *Introducción...*, cit. pp. 48 y ss., 62 y ss., 86 y ss. y 109 y ss., y nuestro estudio “Delimitación del sujeto pasivo...”, cit., *passim*. Seguimos pensando, con todo, que también una organización interestatal supranacional como la actual Unión Europea —y las Comunidades Europeas que la precedieron o la acompañan—, como no desempeñan en el plano jurídico formal sino funciones administrativas, aun complementadas con las jurisdiccionales que las controlan y las complementan, es básicamente una gran Administración pública interestatal. La existencia, con todo, de los Tribunales revela que su personalidad jurídica no incluye solo una o varias Administraciones públicas. Otra cosa sería la caracterización que, en rigor, habría que dar al Parlamento Europeo —dada la inexistencia real de funciones formalmente legislativas en la Unión, a pesar de las expresiones que, de modo incoherente, ha introducido el Tratado de Lisboa—, órgano también indudable de la misma persona jurídica única que es ahora, tras el Tratado de Lisboa, la Unión Europea, a la vez que (como las demás instituciones de la Unión) de la Comunidad Europea de la Energía Atómica o Euratom, que es otra persona jurídica distinta.

966 Nos remitimos a lo dicho al respecto en nuestra *Introducción...*, cit., p. 51.

967 Sigue siendo ilustrativa la amplia exposición de García-Trevijano Fos, J.A., *Tratado de Derecho administrativo*, II, Ed. RDP, Madrid 1967, pp. 169 y ss.

ACTA PONENCIA: PERSONA JURÍDICA

En A Coruña, a 13 de octubre de 2010

ACTA DE LA PONENCIA PERSONA JURÍDICA

MESA: Excmo. Sr. D. Oscar Vázquez del Mercado (Presidente)

Ilmo. Sr. D. José Luis García-Pita y Lastres (Coordinador)

Ilmo Sr. D. Arsenio Cristóbal Fernández-Portal (Vocal)

Ilmo. Sr. D. José Antonio García Vila (Vocal)

Ilma. Sra. Dña. Angélica Díaz de la Rosa y

Ilma. Sra. Dña. Rocío Quintáns Eiras (Secretarias)

Siendo las 11:00h toma la palabra D. Oscar Vázquez del Mercado para presentar la ponencia y conceder la palabra a D. José Luis García-Pita y Lastres, encargado de la defensa de la ponencia “Personalidad jurídica en el Derecho español”, elaborada por el comité correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

Comienza la ponencia dando un concepto de persona jurídica, a partir del cual realiza una aproximación analítica que revela los elementos, esenciales e imprescindibles que han de concurrir en toda persona jurídica.

Al finalizar la intervención del Sr. García-Pita a las 12: 15, el Presidente Sr Oscar Vázquez del Mercado agradece las palabras del ponente, y abre el turno de comunicaciones, concediendo un tiempo de 5 minutos por comunicación.

El Sr. José Luis Martínez López-Muñiz, Catedrático de Derecho Administrativo de Valladolid, Académico de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, expone su comunicación sobre “*Fundamento y delimitación de las personas jurídicas públicas*”, en la que pone de manifiesto las radicales diferencias entre lo público y lo privado. Sostiene en su Comunicación que el término persona jurídica es una creación del Derecho, no de la naturaleza como lo son las personas físicas. Pone de manifiesto, que en su opinión, no hay ninguna norma que atribuya personalidad jurídica a la Administración del Estado, pues la personalidad jurídica únicamente la tiene el Estado.

Se le concede la palabra al Sr Cesáreo Rocha Ochoa, Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, para exponer su comunicación sobre “*La Persona jurídica*”, poniendo de manifiesto que en su país se diferencia entre personas comerciales por un lado y por otro entre corporaciones y fundaciones.

A continuación interviene el Sr Juan Carlos Palmero, Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina) para exponer su comunicación titulada “*La persona jurídica en el Derecho Argentino*”, en la que pone de manifiesto que el tratamiento en Argentina de la persona jurídica es unitario, con una construcción de la Teoría de la personalidad anticipada a los Códigos europeos.

D. José López Medel, Vicepresidente de la sección de Derecho de la real Academia de Doctores de España y Académico de número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, presenta el tema "*Personas jurídicas e instituciones en una sociedad en crisis del estado del bienestar*", poniendo de relieve que la crisis de las instituciones es el origen mismo de la crisis del estado del bienestar

D. Ángel Sánchez de la Torre, expone su comunicación "*Subjetividad y Objetividad en la persona: Desde los imaginarios culturales hasta la capacidad jurídica*", llegando a la conclusión de que el término "ficción" gramaticalmente posee un significado más amplio que jurídicamente, por lo que sería más adecuado utilizar términos más modernos como "imputación" o "reus".

Se hace un receso en la sesión, que se reanuda a las 13:15, con un debate sobre las diversas cuestiones puestas de relieve en la ponencia y en las comunicaciones. El debate se reanuda a las 16:38, tras el almuerzo.

Abierta la sesión, se procede a la lectura y debate de las conclusiones de la ponencia. Se formula un nuevo concepto de persona jurídica, entendiéndose por tal la "*Creación jurídica o legal, que, sobre la base técnica de la ficción, atribuye a un ente real pero distinto del ser humano, la más plena aptitud lógicamente posible para ser sujeto de relaciones jurídicas, con propósito de servir a intereses legítimos, públicos o privados*".

Después de un largo debate se acuerda suprimir la conclusión número 6, por entender que es una cuestión que se circunscribe únicamente al Derecho Español. Asimismo, se suprime la conclusión 11ª relativa a la consideración de la persona jurídica como regla y excepción.

Se formulan finalmente trece conclusiones, que son presentadas para su aprobación al pleno.

El Presidente declara cerradas las sesiones de la ponencia y siendo las 20:30h se levanta la sesión, y en prueba de conformidad, las Secretarías Extienden la presente acta, que firma con el VºBº del Presidente.

CONCLUSIONES PONENCIA: PERSONA JURÍDICA

PRIMERA CONCLUSIÓN: Podemos definir la Persona jurídica como "*Creación jurídica o legal, que, sobre la base técnica de la ficción, atribuye a un ente real pero distinto del ser humano, la más plena aptitud lógicamente posible para ser sujeto de relaciones jurídicas, con propósito de servir a intereses legítimos, públicos o privados*".

Una aproximación analítica al citado concepto, nos revela que consta de los siguientes elementos, esenciales e insuprimibles:

1. Ante todo, la Persona Jurídica es una "*creación jurídica o legal*", porque es el Ordenamiento, a través de su sistema de fuentes de Derecho objetivo, el que puede -siempre atendiendo a consideraciones de lo que es legítimo y razonable- prever los entes a los que, en general, cabe atribuir personalidad jurídica.

2. La creación jurídica se lleva a cabo recurriendo a la técnica de la "*ficción*", aunque la referida técnica es la de la ficción "*legal*" y -por consiguiente- crea una regla "*jurídica*" de concesión de personalidad. No se trata, en modo alguno, de ninguna ficción o artificio meramente verbal.

3. La técnica descrita se aplica a un "*ente distinto del ser humano*".

4. El contenido y contenido de esa técnica consiste en que a ese "*ente distinto del ser humano*" se le atribuye una cualidad jurídica que, "*prima facie*", debiera ser propia y exclusiva del Ser Humano, en cuanto es considerado jurídicamente; es decir: en cuanto es considerado "*persona*", para el Derecho.

5. Esa cualidad jurídica que se atribuye al "*ente distinto del ser humano*", del que se dice que tiene personalidad jurídica, que es "*persona*" jurídica, consiste en "*la más plena aptitud lógicamente posible, para ser sujeto de relaciones jurídicas*".

6. Y todo ello, guiándose el Ordenamiento, por criterios de razonabilidad y protección de intereses legítimos.

SEGUNDA CONCLUSIÓN: La condición de la Persona Jurídica como "*sujeto*" de relaciones jurídicas, exige que esa condición sea **plena o total**, aunque -simultáneamente- se halle **limitada a lo que es "lógicamente posible"**, entendiéndose el adverbio "*lógicamente*", como algo pertinente o relativo al "*logos*" ["*λογος*"], porque la asimilación de la Persona ficta, al Ser Humano, no puede ser tal que le atribuya a aquella actos o capacidades que son privativas del Hombre. Llegados a este punto, dejamos de hallarnos en el ámbito de las "*ficciones jurídicas*", para situarnos en el de las meras "*ficciones verbales*" [Cuando se habla de sociedades "*filiales*" y sociedad "*matriz*" o sociedad "*madre*", es obvio que sus relaciones no pueden quedar sometidas al Derecho de Familia].

TERCERA CONCLUSIÓN: La Persona *Jurídica* es un *prius* y también, aunque parezca un contrasentido, un *posterius* de las relaciones jurídicas. Es un "*prius*" en tanto que es -o se la finge como- persona, y la Persona es un "*prius*" de las relaciones jurídicas, ya que toda relación jurídica precisa de sujetos. Pero, a la vez, la Persona Jurídica es un *posterius* de las relaciones jurídicas, en tanto que es -o se la finge como- persona "*jurídica*", "*moral*" o "*ficta*", ya que no puede existir la persona jurídica si, primero, no es *reconocida 'in abstracto ac in genere'* por el Ordenamiento, y si -luego- no *reune las condiciones legales* para que, ya "*in concreto*", se la reconozca como tal persona [jurídica]. En esto difiere de la Persona Física: la Persona Física es un *prius* jurídico y también un *prius lógico* de las relaciones jurídicas. Es un "*prius*" jurídico en tanto que es -y se la

reconoce como- persona, y la Persona es un “*prius*” de las relaciones jurídicas, ya que toda relación jurídica precisa de sujetos. Pero es, también, un “*prius*” *lógico*, porque la Persona -como avatar o dimensión jurídica del Ser Humano- *preexiste al Derecho*.

CUARTA CONCLUSIÓN: La técnica legal opera en dos planos: *normativo* y *ejecutivo* u *operativo*. En el primero de ellos, el Ordenamiento *establece* -porque *puede*, pero siempre dentro de los límites de lo razonable y de los intereses legítimos- a qué entidades y en qué condiciones atribuirá personalidad jurídica, *expresando esta decisión a través del sistema de fuentes del Derecho objetivo*; básicamente, mediante leyes parlamentarias. En el segundo, el Ordenamiento *reconoce* -ahora, porque *debe*- a qué entidades y en qué condiciones atribuirá la personalidad jurídica, *expresando esta decisión a través de técnicas registrales o como consecuencia de la resolución judicial de una pretensión declarativa*. En este plano, la libertad o la discrecionalidad del Ordenamiento se reduce ostensiblemente porque *los órganos del Poder quedan sometidos al Derecho positivo*, y si la ley ha fijado, ya, previamente, a qué entidades y en qué condiciones atribuirá personalidad jurídica, a los Tribunales de Justicia, notarios y encargados de los registros públicos de sociedades y demás operadores jurídicos, ya no les quedará otra opción -en el caso concreto- que reconocerla o negarla, según concurran o no los requisitos legales.

QUINTA CONCLUSIÓN: Por razones de *seguridad jurídica*, el Ordenamiento atribuye personalidad a ciertos entes, organismos o agrupaciones distintos del ser humano, pero -en cambio- por las mismas razones, unidas en su caso, a las de conveniencia, *se la niega a otros* de los que resultaría muy tentador predicar la posesión de personalidad jurídica. Estos, en cambio, *no la poseen*, porque -pese a todo- *el Legislador no se la ha querido conceder*, por no multiplicar excesivamente el número de personificaciones jurídicas, cuando la única persona es el Ser Humano, y hay otras vías para lograr los fines institucionales de la personificación, sin tener que llegar a establecerla.

SEXTA CONCLUSIÓN: En relación con los mencionados ciertos entes, organismos u agrupaciones, de los que resultaría muy tentador predicar la posesión de personalidad jurídica, *no la poseen*, pero a los que -pese a todo- *el Legislador no se la ha querido conceder*, podemos distinguir -acaso- dos grandes tipos de situaciones:

1. *Centros de imputación con personificación fallida*: es el caso de entidades, etc., a las que no solamente no se les ha reconocido legamente la personalidad -y, por tanto, no la tienen-, sino que, de hecho, en el plano jurídico-material, ni siquiera se les ha concedido una capacidad o aptitud *limitada* para ser titulares de derechos y obligaciones: tal sucede con la Empresa, el Buque, las Comunidades de empresa, las Bolsas de Valores.

2. *Centros de imputación incompleta o limitada*: es el caso de entidades, etc., a las que si bien no se les ha reconocido legamente la personalidad -y, por tanto, no la tienen-, sin embargo *sí* que se les ha concedido una cierta capacidad o aptitud *limitada* para ser titulares de *derechos y obligaciones* [P.e., la Casa, en el Derecho Navarro].

SÉPTIMA CONCLUSIÓN: Los particulares no pueden atribuir personalidad a entes u objetos a los que el Ordenamiento no se la reconoce, ni tampoco, ya dentro del ámbito de las formas de personificación reconocidas -sociedades mercantiles- inventar figuras atípicas. Los términos de preceptos como el art. 122, Cco.esp./1885, no permiten llegar a la conclusión de la “*atipicidad*” de sociedades [La aparición de la Sociedad Limitada, en España, no es prueba de esa libertad, sino la consecuencia de una **definición de los tipos societarios, por la versión original del art. 122, que era defectuosa y tan -excesivamente- amplia, que dejaba espacio para esa “nueva” forma social, amparándola entre las sociedades colectivas** [Una “*sociedad colectiva con responsabilidad limitada*”, ya que el texto original del art. 122 no incluía como elemento definitorio esencial de la Sociedad Colectiva, la responsabilidad universal, solidaria y subsidiaria de los socios] **o entre las anónimas** [una “*sociedad anónima sin acciones* [o anónima *por participaciones*”], pues el texto original del art. 122 no incluía

como elemento definitorio esencial de la Sociedad Anónima el de la total división de su capital en acciones: decía “*en acciones o de otro modo*”].

Sí pueden, en cambio, los particulares -voluntariamente- **introducir modificaciones** en el **régimen legal de las personas jurídico-privadas**; especialmente, en los diversos tipos de sociedades civiles y mercantiles, en ejercicio de su **autonomía privada**, y por consiguiente dentro de los límites impuestos por el Derecho imperativo, en el bien entendido de que -ante la duda- la norma ha de entenderse **dispositiva, siempre que no afecta a intereses legítimos de tercero**, pues las personas jurídicas, como tales, producen efectos “*erga omnes*”.

OCTAVA CONCLUSIÓN: Pese al régimen de “*numerus clausus*”, no se ve inconveniente para el reconocimiento de una “*Sociedad Comanditaria por Participaciones*”, mas no sobre la base de una -falsa- apertura a la atipicidad, sino sobre la base de los dos brocados “*a minore, ad maius*” y “*a maiore, ad minus*”: si es posible admitir que una sociedad comanditaria tenga un capital social que esté representado por acciones, ¿qué motivo hay para que no puedan contar con un capital social que esté representado por *participaciones*? Y si existe la Sociedad Comanditaria *simple*, que es una sociedad de personas, sin un capital social propiamente dicho, frente a la cual se alzaría la *Sociedad Comanditaria por acciones*, ¿por qué no admitir una figura *intermedia*, que puede introducirse en el sistema, sin daño para los intereses ni de los socios ni de los terceros, ni del orden público? Esto, insistimos, no puede extrapolarse; no puede interpretarse como una admisión de la autonomía societaria absoluta, sino -simplemente- como una **excepción** que confirma la regla. En definitiva, esa nueva “*Sociedad Comanditaria por Participaciones*” tendría que situarse entre las **sociedades de capital**, reguladas por el TRLSocs.cap., nº 1/2010, porque solamente es dable hablar de participaciones -y no de cuotas o partes de socio-, cuando existe un capital social, del que aquéllas puedan ser partes alícuotas.

NOVENA CONCLUSIÓN: Si bien, en un plano meramente teórico, caben tres posibilidades respecto de la determinación del momento de *nacimiento* de las personas jurídicas; a saber: en virtud de una publicidad incluso meramente *fáctica*, de la sociedad constituida, por el mero hecho de que opere en el tráfico; en virtud de una publicidad estrictamente *formal-registral*, que -gracias a los efectos de la publicidad legal del Registro Mercantil- haga suficientemente patente, para terceros, la existencia del nuevo ente [RDGRN. de 31 de marzo de 1997, en el caso de la entidad “*Electricidad Dilvalux, Sociedad Civil*”]. O, finalmente, por obra de la pura y simple *voluntad* asociativa, manifestada en el contrato de sociedad, el Ordenamiento jurídico español opta por la *vía de la publicidad*, distinguiendo entre las sociedades *civiles* [mera no ocultación] y las sociedades *mercantiles*: publicidad registral.

Por decisión mayoritaria, tras el oportuno debate, se propone, “*de lege ferenda*”, el siguiente sistema: las sociedades **mercantiles** adquirirían su personalidad jurídica con la *inscripción* en el Registro Mercantil, en virtud del previo otorgamiento de escritura pública o -en general- cumpliendo los requisitos, mayores o menores, que imponga el principio registral de titulación.

En cuanto a las sociedades civiles, se sugiere -no sin opiniones divergentes- que la personalidad se adquiera por el cauce de la mera publicidad fáctica, pero aconsejando la inscripción registral, al objeto de obtener ciertos beneficios como -acaso- un régimen más beneficioso de responsabilidad. Con este fin, se sugiere **abrir los registros públicos -caso del Registro Mercantil- al acceso a sus libros, de las sociedades civiles**.

DECIMA CONCLUSIÓN: Como consecuencia de lo anterior, se ha de afrontar la cuestión planteada, en España, por las **sociedades mercantiles no inscritas**, tanto si se trata de sociedades en **formación**, como si se trata de sociedades **irregulares**. Respecto de las sociedades de personas, los arts. 116, 117, 118, 119 y 120, CCo. revelan la imperiosa necesidad de inscripción registral.

Las sociedades de capital, en cambio, suscitan un problema muy diferente, ya que se ha afirmado con insistencia que *las sociedades de capital, en formación, adquieren personalidad jurídica* -pero

sólo como tales sociedades "en formación"-, por el simple otorgamiento de la escritura pública de constitución. La base de este criterio se encontraba ya en el art. 7º, nº 1, TRLSA. y el art. 11, nº 1, LSRL., que tras establecer que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada habrían de constituirse en escritura pública, la cual habría de ser inscrita en el Registro mercantil, añadían: "Con la inscripción adquirirá la Sociedad... su personalidad jurídica". "**Su** personalidad, y no **la** personalidad. Por si fuera poco, la derogación de estas leyes y su sustitución por el **Texto refundido de la Ley de Sociedades de capital, aprobado por Real Decreto legislativo nº 1/2010**, ha replanteado la cuestión, ahora relacionada con los **arts. 36, 37 y 38, TRLSocs.cap.**, lo cual -en nuestra opinión- resulta no sólo una medida técnicamente acertada, sino -además- muy significativa, en cuanto reveladora de la **ausencia de personalidad** de la sociedad en formación: el art. 36 trata de la responsabilidad de quienes hubiesen actuado, el art. 37, de la responsabilidad de la sociedad en formación y, por fin, el art. 38 trata de la responsabilidad de la sociedad inscrita.

UNDÉCIMA CONCLUSIÓN: La clave de la cuestión de la personalidad de las sociedades de capital en formación se halla en distinguir entre **sociedades en formación operativas** [las que, ya durante esta fase, desarrollan su objeto social típico] y **sociedades en formación no operativas** [las que, ya durante esta fase, no desarrollan su objeto social típico]. La Sociedad en formación no operativa constituye, por así decirlo, el supuesto mínimo, el supuesto absolutamente no cualificado de sociedad en formación; la sociedad en formación "*sin atributos*": la sociedad está proyectada, se celebra el negocio fundacional e incluso se documenta de forma solemne, pero no se inscribe, y -además- no opera, no actúa *como* sociedad. Y, en estas circunstancias, no puede suceder otra cosa que que la responsabilidad por los actos y contratos celebrados en nombre de una sociedad que es "*futura*", recaiga sobre "*quienes hubiesen actuado*".

Y si alguna responsabilidad se imputa -supuestamente- a la "*Sociedad en formación*", tanto operativa, como no operativa, el **art. 37, TRLSocs.cap.** la imputa, no a "*la sociedad*", sino al "**patrimonio de**" la sociedad, y es bien sabido que si todo sujeto tiene patrimonio, a la inversa, **no todo patrimonio tiene sujeto**.

Parecidas reflexiones hay que hacer, respecto de las sociedades **irregulares**: las sociedades irregulares -civiles o mercantiles- **no poseen personalidad jurídica**, lo cual no empece para que se les pueda reconocer una cierta subjetividad, respecto de derechos y obligaciones concretos, así como una cierta legitimación procesal, etc. Y es que, una vez más, estas medidas singulares pueden lograr los mismos fines, sin necesidad de multiplicar excesivamente el número de personificaciones jurídicas, cuando no hay necesidad.

DUODÉCIMA CONCLUSIÓN: Dado que la personalidad jurídica solamente puede concebirse como algo *externo, ficticio* y, aunque *pleno* en su alcance, también esencialmente dotado de *límites intrínsecos*, se debe reconocer que, incluso cuando ha sido reconocida en abstracto y aplicada concretamente, no podrá prevalecer sobre la Persona Humana, en aquéllos casos en los que o bien no conviene llevar a cabo esa referida unificación de actos y titularidades; para lograr un régimen de imputación colectiva singularizada y "*separada*" de relaciones jurídicas... o bien, alternativamente, NO existe, en realidad, una *pluralidad de personas* cuya acción colectiva y cuyas titularidades colectivas merecen ser jurídicamente reducidas a la unidad e independizadas de cada uno de los miembros de esa agrupación de personas, o NO existe un *patrimonio de afectión*, al que convenga reconocerle una subjetividad jurídica, aislándolo del patrimonio personal del socio [*único*] que lo ha aportado o que ha asumido el compromiso de mantenerlo afecto a la sociedad, sino que hay un único socio -o varios- con poderes de control derivados de las circunstancias más diversas, que -en tales condiciones- se sirven de la estructura societaria personificada, para fines o al servicio de intereses que el Derecho no considera legítimos, sino *ilegítimos*, o bien incluso al servicio de intereses que el Derecho sí considera legítimos, pero que -eventualmente- podrían entrar en conflicto con otros intereses legítimos y, en este conflicto, la solución más ajustada a los principios de Justicia, Igualdad

real y Solidaridad, que derivan de la Constitución y que representan –al mismo tiempo– valores superiores del Ordenamiento jurídico.

Frente a esta problemática, los distintos ordenamientos reaccionan de diversa manera: con independencia de que una absoluta inexistencia de sustrato real, sobre el que construir la personificación, podría -debería- justificar la **nulidad absoluta** de la persona jurídica, por carencia de sustancia, en otros casos no parece adecuado negar absolutamente validez a la persona jurídica, sino -simplemente- **desconocerla de modo puntual y singular, “levantando el velo”**, penetrando en su sustrato personal e imputando a los sujetos reales ocultos o velados, las conductas y responsabilidades correspondientes. En este sentido, cabe, como en algunos países -como Argentina- **tipificar legalmente el “levantamiento del velo”**, lo cual es aconsejable, siempre que la tipificación se refiera a las consecuencias del levantamiento, y no a los presupuestos, que son difícilmente acotables por la Ley.

En otros muchos países, la reacción viene, no del Legislativo, sino del **Poder Judicial**, aunque ambas técnicas son compatibles. Así, en España, con el calificativo de la **“doctrina de terceros”**, inspiró las **STs. de 7 de junio de 1927, 8 de octubre de 1929, 12 de diciembre de 1950**, aunque la denominación **“levantamiento del velo”** se introduce con la conocida **STS de 28 de mayo de 1984**, en la que se manifiesta **“Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, ..., se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo séptimo, uno, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia”**.

Así, a efectos del levantamiento del velo, es preciso que -“*prima facie*”- se respete el principio **“persona est servanda”**, y que la aplicación de esta técnica tenga un carácter **excepcional y quirúrgico**, cuando la aplicación rigurosa del principio **“persona est servanda”** dé lugar a una consecuencia **injusta**. Así, **es preciso que exista una conducta abusiva o de un ejercicio antisocial del derecho, o de un fraude**.

DECIMOTERCERA CONCLUSIÓN: A la vista de lo anterior, hay que señalar que la elaboración de **“grupos de casos”** en los que procede levantar el velo de la personalidad no debe identificarse, directamente, con verdaderas **causas de levantamiento** del velo, sino que se trata -muchas veces- de **meros indicios reveladores del sustrato personal real**. Y, así, p.e., no se puede atribuir la misma significación a la identidad de personas o esferas, que al abuso de la personalidad jurídica, el fraude de ley o el incumplimiento de obligaciones. No creemos que el simple hecho de la identidad de personas constituya, por sí sólo, un factor determinante del levantamiento del velo... Pero si la identidad de personas va unida al incumplimiento de obligaciones, y en un caso determinado constituye fraude de acreedores, entonces ciertamente deberá levantarse el velo. Lo que sucede es que el velo no se levanta por la simple identidad de personas... Más bien, lo que sucede es que el levantamiento del velo **revela esa identidad**, y si ello conlleva algún componente **antijurídico** -fraude, abuso...-, entonces el levantamiento del velo **debe conducir a una consecuencia sensible y eficaz, en el plano jurídico, consistente en el “personam non servare”**.

DECIMOCUARTA CONCLUSIÓN: La personificación jurídica constituye, en buena medida, una técnica para el aislamiento patrimonial y, en consecuencia, para la **limitación** de la responsabilidad patrimonial [e incluso *civil*]. En este sentido, se ofrecen dos alternativas, que calificaremos como:

1. Dogmática: la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada, que es el sistema seguido -p.e.- en el Derecho peruano,

2. Pragmática: la *Sociedad de Capital Unipersonal*, sistema seguido en el Derecho Europeo y en España, así como -hasta cierto punto- en Liechtenstein, donde la figura del **“Anstalt”** puede ser organizada, por su creador y titular, adoptando ora la estructura de una fundación, ora bien por hacerla similar a una *sociedad de capital* con su capital *dividido* en participaciones o acciones, o como una

sociedad sin división del capital. Los poderes supremos le corresponden al “*fundador*”, que posee los mismos derechos que la Junta General de las sociedades de capitales, con capitales divididos en algún tipo de participaciones.

Pese a la aparente superior corrección científica de la llamada solución dogmática, la solución pragmática presenta tales ventajas, en punto a la reconstitución de la pluralidad subjetiva, con gran sencillez y mínimo coste, que -pese a todo- podría resultar preferible, siempre a condición de que el Ordenamiento jurídico someta a un cierto control la actuación de las sociedades unipersonales, en cuanto suponen una cierta anomalía, tanto desde la perspectiva de las “*sociedades*”, como desde la perspectiva del Principio de *responsabilidad universal* y de la *unidad e indivisibilidad del patrimonio*. Así, se imponen deberes de publicidad, tanto del propio hecho de la unipersonalidad sobrevenida y de su cese, como de los contratos celebrados entre la sociedad y el socio único; se atribuyen a las decisiones del socio único el mismo valor que los acuerdos de la Junta general. Se le hace responsable como administrador, si lo fuera, etc.

PONENCIA:
ARBITRAJE INTERNACIONAL

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Domingo Bello Janeiro

Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de A Coruña
Árbitro del CIADI

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto de arbitraje. 3. El convenio arbitral. 4. Antecedentes de la actual legislación. 5. El arbitraje de derecho administrativo. 6. Leyes que prevén sistemas arbitrales. 7. Principios del procedimiento arbitral. 8. Caracteres del arbitraje. 8.1 Arbitraje internacional. 8.2. Flexibilidad: capacidad y designación de árbitros. 8.3. Eficacia: fuerza ejecutiva del laudo. 9. Principios básicos del arbitraje. 10. Fomento de la cultura del arbitraje. 11. El arbitraje institucional. 12. El arbitraje internacional de inversión.

Introducción.

La resolución de conflictos de todo tipo a través del Arbitraje era algo inédito en los países que no tienen cultura anglosajona hace apenas unos años, a pesar de que el Arbitraje agiliza los largos procesos judiciales y que es tan antiguo como el propio desarrollo de la Justicia en el mundo moderno.

Un sistema rápido y eficaz de resolver la mayoría de los conflictos que, sin embargo, no ha comenzado a aplicarse de forma habitual hasta hace poco, por lo que celebramos mucho la oportunidad de hacer proselitismo del mismo con ocasión de este Congreso Internacional.

El Arbitraje consiste en la resolución de conflictos, en materias de su libre disposición conforme a Derecho, entre dos o más partes a través de la intervención de un tercero neutral e imparcial que se denomina Arbitro, que dicta un “*Laudo*” de obligado cumplimiento para las partes que produce efectos idénticos a la cosa juzgada, sin que pueda ser revisado en vía jurisdiccional salvo motivos tasados y específicos.

Las razones por las que la Cultura del Arbitraje se está imponiendo con fuerza son básicamente dos: rapidez y economía. El Arbitraje resulta infinitamente más rápido que la Justicia Ordinaria. Permite ajustar enormemente los plazos hasta el Laudo o Sentencia Arbitral en función del tipo de controversia. Un tiempo mínimo en comparación con los largos procesos judiciales que llegan a dilatarse años. En contraste con la larga duración de los juicios, en el procedimiento arbitral los árbitros deberán dictar su laudo en un plazo mucho más breve y no respetar este plazo es una de las causas

de nulidad del laudo arbitral. Reducción de tiempo y procedimiento que se traduce inmediatamente en ahorro.

Otra ventaja importante es el factor de flexibilidad, por cuanto el procedimiento arbitral puede adaptarse a las circunstancias de cada caso, teniendo el principio antiformalista un papel relevante, así como el factor de competencia y de especialización, ya que corresponde el enjuiciamiento de la controversia a un conjunto de expertos, distintos en cada caso y conocedores de las materias objeto de debate, siendo característica del arbitraje su voluntariedad en el sometimiento.

En España, la entrada en vigor de la vigente Ley de Arbitraje, ha supuesto un cambio sustancial en el funcionamiento de esta institución al propiciar la creación de las condiciones necesarias para hacer de nuestro país un referente mundial en la materia, permitiendo un aumento de la vocación internacional, celeridad, eficacia y flexibilidad de los procesos arbitrales y reforzando la seguridad jurídica de los laudos.

Con las nueva Ley se sientan las bases para que España pueda convertirse en un país de atracción para la realización de arbitrajes internacionales, fomentando el intercambio económico y cultural entre sus empresas y ciudadanos con el resto de los países, especialmente iberoamericanos y favoreciendo la movilización de capitales al tiempo que se aumenta la seguridad jurídica de las inversiones en el extranjero

La nueva Ley moderniza la anterior legislación de arbitraje y ha creado unas condiciones propicias para hacer de nuestro país un atractivo proveedor de servicios jurídicos de alta cualificación, facilitando de este modo la internacionalización de la economía y fortaleciendo la presencia de las empresas en el panorama internacional.

Es fundamental también hacer hincapié en la necesidad de fomentar una cultura del arbitraje en nuestros países. Aunque el arbitraje empieza a ser una realidad, y las expectativas abiertas por las nuevas Leyes son positivas, será necesario que se lleve a cabo una labor de promoción de la institución. Es necesario apostar por las soluciones extrajudiciales de los conflictos, y ser conscientes de que al tejido empresarial de nuestros respectivos países, formado en su mayor parte por pequeñas y medianas empresas, no le compensa perder tiempo ni dinero acudiendo a los tribunales, ya de por sí bastante colapsados.

Hay que ser conscientes de que acudir al arbitraje para la resolución de conflictos es un síntoma de madurez de una sociedad. En definitiva, creo que la Ley española, contribuirá muy positivamente a impulsar el arbitraje en nuestros países, y todos deberíamos colaborar en su divulgación, para crear una cultura favorable a esta institución. Y se debe aprovechar el nuevo marco normativo, que ofrece una regulación arbitral de calidad, para potenciarse como sede atractiva y moderna de los futuros arbitrajes internacionales, para que las empresas extranjeras vean a nuestros países como una apuesta segura, por contar con una ley avanzada cuyas líneas fundamentales son conocidas a nivel internacional, por basarse en el modelo UNCITRAL.

Concepto de arbitraje

El arbitraje consiste, básicamente, en un medio de resolución de litigios al margen de las vías judiciales, al cual acudiremos, básicamente, por razones de celeridad y flexibilidad ,que se encuentra regulado en España en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (El Código Civil se refería originariamente al arbitraje en los arts. 1820 y 1821 CC), en la que, como reza su exposición de motivos “ su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional, de 21 de junio de 1985”, y adoptada por más de 35 países.

La Ley, siguiendo un sistema monista, pretende ser una ley general aplicable tanto a los arbitrajes ordinarios como a los arbitrajes especiales, tanto nacionales como internacionales, sin que, si se trata

de de un Estado, sociedad, organización o empresa extranjera, pueda invocar sus prerrogativas (es decir, inmunidad de ejecución y jurisdicción).

A continuación, me referiré fundamentalmente al arbitraje de derecho, en que los árbitros tienen que resolver mediante la aplicación de las normas jurídicas correspondientes al caso controvertido, aunque la Ley española también alude al arbitraje de equidad (en esta modalidad, los árbitros tienen que decidir de acuerdo con los postulados de la justicia material, es decir, de acuerdo con su conocimiento y sabiduría y queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente) y al arbitraje testamentario (art. 10, que instituido en disposición testamentaria, puede solucionar las diferencias entre herederos no forzosos o legatarios; no se trata de hacer la partición, sino de prohibir la vida judicial y que se acuda a la arbitral).

El convenio arbitral

Un aspecto central de la regulación en España es el referido al convenio arbitral, que es el acuerdo de voluntades en función del cual las partes deciden someter a resolución una controversia determinada por medio de arbitraje.

En la Ley española este convenio tiene que contar con el contenido mínimo que puede constar en el contrato principal o en una cláusula incorporada al contrato principal. Así, conforme al art. 9:

- a) El convenio debe constar por escrito (sean cartas, télex, fax, etc.).
- b) La controversia presente o futura debe ser determinada o determinable.
- c) Las partes deben tener la libre disposición conforme a derecho (art. 2.1.).

Quedan excluidos los arbitrajes laborales.

Se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito pero se contemplan diversas modalidades de constancia escrita y se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior.

Se admite la validez de la cláusula arbitral por referencia, que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado.

Rige el principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral.

Antecedentes de la actual legislación

En la década de los ochenta las demandas de los operadores económicos y las exigentes tomas de posición de la doctrina, crearon la convicción generalizada de la necesidad de un cambio de rumbo de la legislación española en materia de arbitraje, que diera cumplida cuenta en la legislación de las crecientes necesidades de la práctica.

Así es que en 1981, al existir un contraste entre el creciente desarrollo del comercio internacional y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje, se promulga un Real Decreto (Real Decreto 1094/1981 de 22 de mayo) el cual habilita al Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación para realizar arbitraje en derecho y equidad a través de un servicio de arbitraje comercial internacional. Este será el origen inmediato de la Corte Española de Arbitraje la cual ha desempeñado un importante papel como centro propulsor del arbitraje en España y de la reforma de su régimen jurídico.

Algunas importantes leyes, en materia de defensa de consumidores y usuarios, de ordenación del seguro privado, de ordenación de los transportes terrestres, de propiedad intelectual, de arrendamientos urbanos o de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que se han dictado en España en los últimos años, prevén expresamente

la utilización de técnicas arbitrales de solución de conflictos, lo cual prueba el prestigio de la institución a la que se refiere incluso en su fase virtual la Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios de 29 de diciembre de 2006.

La Ley de Arbitraje 36/1988 de 5 de diciembre pretendió suplir las carencias e imperfecciones de la Ley de arbitraje de derecho privado de 1953, ya que ella no servía para solucionar mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni nacional ni mucho menos internacional.

Para ello facilita un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos mediante el uso de su libertad por parte de los ciudadanos, garantizando, al mismo tiempo, que el sistema que se instaure sea igualitario. Tal y como indicaba en su Exposición de motivos, se trataba, pues, de remover, conforme ordena el artículo 9 de la Constitución, los obstáculos que dificulten o impidan la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra. A tal fin, la ley dota de un amplio margen de actuación al principio de autonomía de a voluntad, que preside el desarrollo del procedimiento arbitral, por lo que las normas de procedimiento son escasas y reduce la intervención jurisdiccional a la estrictamente necesaria.

El arbitraje de derecho administrativo

Así, nos encontramos, antes de la vigencia de la ley actual, dentro de un contexto en el, por aludir a un ámbito jurisdiccional, quizá, más sensible y hasta colapsado, que el proceso contencioso-administrativo se desarrolla de forma lenta, en el que aumentan crecientemente la importancia de las medidas cautelares y alcanzan especial trascendencia los denominados medios alternativos de resolución de conflictos, entre los cuales destaca el arbitraje de derecho administrativo.

Respecto del arbitraje de derecho administrativo es aquel medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración Pública y acuerdan someter las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros.

Existirá un buen número de materias y actuaciones administrativas susceptibles de arbitraje, ya que la Ley únicamente especifica que deben de tratarse de ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique.

Así el arbitraje se desarrollará con mayor soltura en los conflictos que surjan en la aplicación e interpretación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la Administración. Algunas materias susceptibles de arbitraje son los contratos administrativos típicos y atípicos, los contratos privados de la Administración, los convenios entre Administraciones Públicas, convenios urbanísticos y expropiatorios entre otros.

Sin embargo el arbitraje nunca podrá versar sobre actos administrativos reglados o sobre el ejercicio de potestades discrecionales en sus aspectos reglados, ya que éstas no son materias de libre disposición.

El sistema del arbitraje permite que las personas naturales o jurídicas, puedan someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros, las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho.

El arbitraje tiene algunas ventajas, entre las que se podrían destacar el factor temporal, en contraste con la larga duración de los procesos contencioso-administrativos, en el procedimiento arbitral los árbitros deberán dictar su laudo en un plazo mucho más breve y no respetar este plazo es una de las causas de nulidad del laudo arbitral.

Otra ventaja importante es el factor de flexibilidad, por cuanto el procedimiento arbitral puede adaptarse a las circunstancias de cada caso, teniendo el principio antiformalista un papel relevante.

Como última ventaja he de destacar el factor de competencia y de especialización, ya que corresponde el enjuiciamiento de la controversia a un conjunto de expertos, distintos en cada caso y conocedores de las materias objeto de debate.

El arbitraje se caracteriza por su voluntariedad en el sometimiento, pues en caso contrario se podrían vulnerar las reglas de unidad jurisdiccional y prohibición de Tribunales de excepción y tutela judicial efectiva.

Una segunda característica es la libre elección de los árbitros, es necesario que sean órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. No han de ser las partes las que resuelvan el conflicto, sino un tercero siendo su decisión la que se impone de forma obligatoria.

El laudo o decisión judicial es de obligado cumplimiento para las partes y produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Por tanto no puede ser revisado en vía jurisdiccional salvo motivos tasados y específicos. Por último, los conflictos deben ser de naturaleza disponible por las partes, es decir, han de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a Derecho.

En cuanto a su aplicación formal, el arbitraje ha de tener carácter alternativo u optativo, y no debe suponer la exclusión del recurso administrativo ordinario. La Ley trata de fomentar que los ciudadanos se acojan voluntariamente bien al sistema tradicional de recursos, bien al de arbitraje, siempre teniendo en cuenta que este último sistema sustituye también de forma parcial al contencioso-administrativo. De lo que se trata es de conseguir una reducción de la litigiosidad y que el sistema funcione.

Existirá un buen número de materias y actuaciones administrativas susceptibles de arbitraje, ya que la Ley únicamente especifica que deben de tratarse de ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique.

El procedimiento arbitral debe atenerse a una serie de principios que son los de oficialidad, celeridad, contradicción, prueba y defensa, los cuales inspirarán el conjunto de trámites y actuaciones previas al laudo arbitral.

La Ley de arbitraje de derecho administrativo no podrá suponer una limitación ni de los derechos de los ciudadanos reconocidos en el artículo 35 de la Ley de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas ni de los previstos en la legislación procedimental.

Leyes que prevén sistemas arbitrales

Siguiendo las pautas marcadas en la Recomendación 12/1986 del Consejo de Europa, referida a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, en la cual postulaba que los gobiernos adoptasen las disposiciones adecuadas para que en los casos que se prestasen a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial.

Por ello, insisto en que leyes recientes como la de Ordenación del seguro privado, la general para la defensa de los consumidores y usuarios y la de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, la de propiedad intelectual y la de ordenación de los transportes terrestres, así como la de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad, por razón de discapacidad crean instancias arbitrales a las que la ley de arbitraje servirá de norma complementaria, especialmente desde el punto de vista procesal.

Principios del procedimiento arbitral.

El procedimiento arbitral debe atenerse a una serie de principios que son los de oficialidad, celeridad, contradicción, prueba y defensa, los cuales inspirarán el conjunto de trámites y actuaciones previas al laudo arbitral.

Así las cosas, en España la entrada en vigor, el 26 de marzo de 2004, de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ha supuesto un cambio sustancial en el funcionamiento de esta institución al propiciar la creación de las condiciones necesarias para hacer, en el futuro, de nuestro país un referente mundial en la materia, permitiendo un aumento de la vocación internacional, celeridad, eficacia y flexibilidad de los procesos arbitrales y reforzando la seguridad jurídica de los laudos.

Con la nueva Ley se sientan las bases para que España pueda convertirse en un país de atracción para la realización de arbitrajes internacionales, fomentando el intercambio económico y cultural entre nuestras empresas y ciudadanos con el resto de los países, especialmente iberoamericanos y favoreciendo la movilización de capitales al tiempo que se aumenta la seguridad jurídica de las inversiones en el extranjero

El tiempo transcurrido desde la precedente Ley 36/1988, de 5 de diciembre, permitió detectar sus lagunas y defectos, resultando necesario adaptar el arbitraje, sobre todo en su vertiente comercial transnacional, a las nuevas necesidades del tráfico jurídico y económico actual, ofreciendo incentivos que hagan atractiva esta vía de resolución de conflictos alternativa a la actuación judicial ordinaria, que contribuya a disminuir la creciente sobrecarga de trabajo de ésta y permita, aparte de mayor celeridad, el ahorro en procesos y costes judiciales.

En primer lugar hay que resaltar que el contexto socioeconómico y político en el que se ha producido la aprobación de esta Ley de arbitraje en diciembre de 2003 difiere sustancialmente del que existía hace quince años, cuando fue aprobada la anterior norma jurídica en materia de arbitraje.

Por ello, hay que destacar que tras la política económica llevada a cabo en los últimos años, la realidad en esos momentos era que nuestro país ocupa una posición mucho más relevante que la que ocupaba en ese momento, siendo destacable el notable incremento del volumen de inversión en el extranjero en sectores estratégicos. Todo esto hay que enmarcarlo en el contexto de una economía global caracterizada por la cada vez mayor interdependencia de las economías y el incremento de los flujos comerciales internacionales.

Dicho contexto económico ha tenido como principal efecto desde el punto de vista jurídico una creciente tendencia hacia la armonización en distintos ámbitos del derecho del comercio internacional. Así, se han impulsado los medios de tutela no judiciales, debido principalmente a la influencia anglosajona, y se ha puesto de manifiesto la conveniencia de armonizar el régimen jurídico del arbitraje. Nuestro legislador, con esta nueva Ley de arbitraje, ha tratado de dar así una respuesta jurídica a esta realidad, adaptándose a las necesidades actuales en la materia. Y se ha optado, además, por una regulación unitaria del arbitraje interno y el internacional.

La nueva Ley moderniza la anterior legislación de arbitraje, del año 1988, y ha creado unas condiciones propicias para hacer de nuestro país un atractivo proveedor de servicios jurídicos de alta cualificación, facilitando de este modo la internacionalización de nuestra economía y fortaleciendo la presencia de nuestras empresas en el panorama internacional. Además, el nuevo texto flexibiliza el procedimiento arbitral, agilizando sus instancias, lo que mejora sustancialmente la posición de España en cuanto al arbitraje internacional, pues atraerá a los empresarios extranjeros a someterse al arbitraje en España, al poseer un modelo arbitral más seguro y moderno.

Caracteres del arbitraje

La Ley 60/2003 ha introducido importantes novedades en la regulación del arbitraje, y destacan sobre todo su vocación internacional, su flexibilidad y su eficacia.

Arbitraje internacional.

Así, en primer lugar, el legislador se ha basado para elaborar esta norma en la Ley modelo elaborada en 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

(UNCITRAL), adoptada ya por más de 35 países, que responde a un compromiso entre las tradiciones jurídicas continental y anglosajona, y por primera vez se ha regulado en nuestro ordenamiento jurídico el arbitraje internacional.

Esto tiene una gran relevancia, puesto que facilitará la interpretación y aplicación de la Ley en el contexto jurídico internacional, lo cual favorece que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar de arbitraje.

La delimitación del ámbito de aplicación de la Ley es territorial pues se aplica a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional.

La determinación del carácter internacional del arbitraje sigue los criterios de la Ley Modelo, al que debe añadirse otro: cuando la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a los intereses del comercio internacional, que se suma a los tradicionales:

a) que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes y

b) que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios .

Se especifica, además, todo ello en el art. 3 de la Ley 60/2003, que si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral, y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

Flexibilidad: capacidad y designación de árbitros

En segundo lugar destacamos su flexibilidad, por varias razones. Con la nueva normativa no se impone exigencia restrictiva alguna para ser árbitro, sino que se atiende a la especial cualificación para el nombramiento de los árbitros en virtud de sus conocimientos y formación específica, lo que posibilita, por ejemplo, que notarios y registradores actúen como árbitros.

Asimismo, se deja más libertad a las partes para designar árbitros, como ya digo atendiendo a su específica cualificación en función de la materia de que se trate y se reconoce expresamente a estos últimos la potestad de adoptar medidas cautelares sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria.

Con la nueva legislación, pueden ser árbitros las personas físicas en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no así las jurídicas (v. gr. Corporación de Derecho público o asociaciones y entidades sin ánimo de lucro), art. 15. El número siempre será impar y de encomendarse a una corporación o asociación, el presidente se designa por su reglamento.

La designación puede ser directa por las partes; optar por el arbitraje institucional, en cuyo caso la designación será conforme al reglamento de la corporación o asociación o, por último, que las partes elijan un tercero que sea el que designe a los árbitros.

La controversia puede ser actual o futura; lo que sí debe estar ya inicialmente determinado es la relación jurídica, pues en otro caso, si el tercero interviene no para resolver un conflicto sino para integrar la relación (v. gr. determinando el precio final), no estamos ante un árbitro sino ante un arbitrador. El tercero también puede completar la relación jurídica.

El arbitraje puede ser de un sólo árbitro (lo nombrará el tribunal competente a instancia de cualquier parte); de tres árbitros (cada parte nombra uno y éstos el tercero, que será el presidente del colegio arbitral); y arbitraje de más de tres árbitros en que todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

Los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia (regla *Kompetenz-Kompetenz*). Los árbitros determinan asimismo la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo.

Los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.

Los árbitros pueden adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral. Los árbitros carecen sin embargo de potestad ejecutiva.

Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes.

Las materias objeto de arbitraje se determinan sobre la base del criterio de la libre disposición sin efectuar una relación exhaustiva. La arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes.

Prima la autonomía de la voluntad de las partes. Esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido (integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral). Las partes pueden también someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución.

La flexibilidad, el antiformalismo y la máxima libertad es la característica de estos procedimientos

Eficacia: fuerza ejecutiva del laudo

También es fundamental, en cuanto a la eficacia de la Ley, el hecho de que el laudo tenga fuerza ejecutiva, y que la acción de anulación no suspenda su ejecutividad.

El laudo tiene fuerza ejecutiva. Si éste no es firme el ejecutado podrá solicitar y obtener la suspensión con la prestación de caución.

Asimismo, se establecen unas tarifas para definir los costes, que se reducen, y se moderniza el procedimiento arbitral, potenciando el uso de las nuevas tecnologías, a la vez que se atiende a la especial cualificación para el nombramiento de los árbitros en virtud de sus conocimientos y formación específica.

El laudo es, con respecto al procedimiento arbitral, lo que la sentencia es con respecto al procedimiento judicial. Hay que dictar el laudo, a excepción de que exista un acuerdo contrario de las partes, en el plazo de seis meses. Una vez transcurrido el plazo sin que se haya dictado el laudo, el convenio arbitral quedará sin efecto y los interesados se pueden dirigir a la vía judicial.

En los procedimientos arbitrales que lleven causa de contratos sometidos al régimen jurídico de la Ley de arrendamientos urbanos, tienen que dictarse en el plazo de tres meses.

Por lo que hace al procedimiento, el cómputo de plazos se efectuará por días naturales (regla no aplicable en el seno de los procedimientos judiciales de apoyo o control).

El plazo para emitir el laudo, en defecto de acuerdo de las partes, se computa desde la presentación de la contestación o desde la expiración del plazo para presentarla, por razones de dotar al procedimiento de mayor celeridad. La intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la Ley.

La pendencia de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga.

La solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone renuncia tácita al arbitraje.

Posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado.

Hay que dar el laudo por escrito, con expresión del lugar en el que se dicta, de las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, la cuestión que se somete a arbitraje, una relación breve de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión arbitral (art. 37 de la ley).

Ya no resulta preceptiva la protocolización notarial del laudo a no ser que lo pida una de las partes. Así pues, sólo hay que protocolizarlo notarialmente, si lo insta cualquiera de las partes, antes de la notificación y a su costa, y hay que notificarlo de manera fehaciente a las partes. En caso de protocolización el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurrirá entonces desde su notificación.

Contra el laudo, sólo son posibles una serie de recursos muy concretos:

1) Recurso de anulación. Conforme al art. 40, para anularlo, deben alegarse y probarse alguna de las causas siguientes.

a) Que el convenio arbitral no exista o no sea válido.

b) Que la parte que solicita la anulación no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro, de las actuaciones arbitrales o que no haya podido hacer valer sus derechos.

c) Que la designación de árbitros o del procedimiento arbitral no se ajuste a lo acordado por las partes, salvo que sea contrario a la ley.

d) Que los árbitros hayan resuelto cuestiones no sometidas a su decisión. Por el contrario, las omisiones de lo sí sometido puede complementarse con otro laudo.

e) Que haya resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

f) Que el laudo sea contrario al orden público.

2) Recurso de revisión. El laudo firme produce efectos de cosa juzgada, por lo que sólo cabe recurso de revisión conforme al art. 510 LEC. Cabe decir que no es propiamente un recurso de revisión, sino rescisorio y extraordinario.

Principios básicos del arbitraje

Básicamente, podríamos decir que los principales principios que informan la nueva Ley son los siguientes:

- En primer lugar, la modernización del arbitraje
- En segundo lugar, la homologación internacional del arbitraje.
- La flexibilización y agilización del procedimiento y la autonomía de la voluntad
- La ampliación de las competencias de los árbitros
- Y el aumento de la eficacia del laudo.

Fomento de la cultura del arbitraje

Es fundamental también hacer hincapié en la necesidad de fomentar una cultura del arbitraje en nuestro país. Aunque el arbitraje empieza a ser una realidad en España, y las expectativas abiertas por la nueva Ley son positivas, no esperamos un gran incremento de arbitrajes internacionales con sede en España, al menos a corto plazo, pues antes será necesario que se lleve a cabo una labor de promoción de la institución, tanto en el país como en el extranjero. Es necesario apostar, también a nivel interno, por las soluciones extrajudiciales de los conflictos, y ser conscientes de que al tejido

empresarial español, formado en su mayor parte por pequeñas y medianas empresas, no le compensa perder tiempo ni dinero acudiendo a los tribunales, ya de por sí bastante colapsados.

Asimismo, hay que poner de relieve las grandes ventajas del arbitraje como medio de resolución de conflictos, en comparación con la justicia ordinaria. Esto nos hace pensar que si las empresas lo conociesen en profundidad acudirían al arbitraje sin dudarlo. Sin embargo, desgraciadamente el arbitraje es un gran desconocido para el 40% de las empresas. En este sentido, hay que destacar que más de cuatro millones de empresas, entre pymes y autónomos, pueden ya beneficiarse del proceso arbitral.

Los primeros años de aplicación de la Ley de Arbitraje ponen de manifiesto el interés creciente de la Administración por dotar al ciudadano en general y al empresario en particular de un método alternativo resolutorio de disputas. Además, conviene señalar que el arbitraje no es sustituto de los tribunales ordinarios, sino un colaborador de los mismos, por lo que resulta necesaria una cooperación entre este instrumento y la autoridad judicial, si lo que se persigue es que la institución arbitral funcione convenientemente.

Hay que ser conscientes de que acudir al arbitraje para la resolución de conflictos es un síntoma de madurez de una sociedad. En España se ha mejorado en los últimos años, pero sólo el 10% de las empresas acuden a esta institución para resolver sus controversias nacionales, ascendiendo este porcentaje hasta el 30% en el caso de las internacionales, lo que lo convierte en el tercer medio más utilizado para solucionar conflictos.

En definitiva, creo que esta nueva Ley contribuirá muy positivamente a impulsar el arbitraje en España, y todos deberíamos colaborar en su divulgación, para crear una cultura favorable a esta institución, cultura arbitral prácticamente inexistente en nuestro país hasta el momento. Y, como árbitro internacional, creo que España, y en particular Galicia, gracias a las singulares afinidades con Iberoamérica, que suponen una importante ventaja competitiva, deben aprovechar el nuevo marco normativo, que ofrece una regulación arbitral de calidad, para potenciarse como sede atractiva y moderna de los futuros arbitrajes internacionales, para que las empresas extranjeras vean a nuestro país como una apuesta segura, por contar con una ley avanzada cuyas líneas fundamentales son conocidas a nivel internacional, por basarse en el modelo UNCITRAL.

El arbitraje institucional.

Todavía quedaría por referirnos al arbitraje institucional, o también llamado arbitraje administrado, que es aquel en que las partes encomiendan la administración y designación de los árbitros a una corporación de derecho público, o a una asociación o entidad sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. El procedimiento arbitral está definido por la correspondiente institución, no teniendo las partes participación alguna en su elaboración. Dicha institución ejerce sus funciones según su propio reglamento.

La regulación vigente es similar a la contenida en el artículo 10 de la Ley de 1988 de suerte que junto con los casos en que las partes en el convenio arbitral nombran a los árbitros o especifican su modo de designación, se contiene el arbitraje institucional en cuya virtud se encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros mismos a Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales y a Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

En el apartado 2 se especifica que dichas instituciones arbitrales deben aprobar unos reglamentos al respecto, que, de modo diverso de la Ley de 1988, y tras haberse rechazado cuatro enmiendas en tal sentido, ahora no se obliga por Ley a protocolizarlos notarialmente, si bien tampoco se prohíbe, como es lógico, todo ello en consonancia con el principio antiformalista de la nueva Ley.

Se incluye expresamente al Tribunal de Defensa de la Competencia como Corporación que pueda ejercer funciones arbitrales con la finalidad de potenciar su papel en dicha actividad arbitral y sin que haya prosperado, como hemos visto, la pretensión de incluir la alusión a los órganos autonómicos correspondientes, lo que, desde luego, no impide a éstos desempeñar tal cometido si sus respectivas regulaciones lo prevén así en tanto que corporaciones de derecho público que indudablemente son, al modelo del nacional, que, de acuerdo con la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y el Real Decreto 864/2003, de 4 de julio, que aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia, es un organismo autónomo con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión adscrito al Ministerio de Economía a través de la Secretaría de Estado de Economía.

El arbitraje institucional, tan extendido en la práctica internacional, sobre todo anglosajona, se introdujo en nuestro país en la Ley de 1988, frente a la prohibición expresa de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, que consideraba inválido el pacto de deferir a una de las partes o a un tercero el nombramiento de los árbitros, consolidándose a partir de su inclusión en 1988 diferentes instituciones que administran eficazmente el arbitraje con mecanismos de selección de árbitros con alta cualificación profesional ajustándose todo ello a lo dispuesto en las normas previamente incluidas en el respectivo reglamento, sin que nada de ello apareciera expresamente previsto en la Ley Modelo Uncitral, que lo da por supuesto sin ninguna limitación legal precisamente por la amplia tradición internacional del arbitraje institucional.

En el ámbito internacional tiene relevancia singular a partir de la Convención de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional de 1961 donde se contempla el arbitraje institucional que se oferta mediante árbitros que las propias instituciones arbitrales proporcionan, siendo de destacar el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) dependiente del Banco Mundial, con sede en Washington, como único en el que se pueden residenciar demandas contra los Estados por parte de inversores extranjeros, y al que nos referimos en el apartado siguiente y último de este texto.

En la regulación actualmente vigente en nuestro país la característica esencial es la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a cargo de una institución que, a su vez, dicta las normas por las que se regulan las funciones del árbitro, que, por lo demás, puede incluso ser designado por las partes sin que ello desnaturalice la condición de arbitraje institucional siempre que cumpla el reglamento de la institución.

En el concepto de administración del arbitraje se comprende, lógicamente, el apoyo logístico, de infraestructura y medios materiales, técnicos y hasta humanos para el correcto ejercicio de las funciones arbitrales, incluyendo el control de la actuación arbitral y hasta la integración del convenio arbitral.

Las instituciones arbitrales suelen contener en sus reglamentos, en ausencia de acuerdo de las partes, la regulación de diversos aspectos y así, a título ejemplificativo, en el Convenio del CIADI se contemplan la constitución del Tribunal de Arbitraje, con el procedimiento de elección, sustitución y recusación de árbitros, así como el lugar o las costas del procedimiento o las reglas del mismo y hasta los honorarios de los árbitros.

En nuestro caso, a diferencia del derecho francés o portugués no existe una expresa prohibición de la asunción de la función arbitral por la persona jurídica, si bien ello se sobreentiende a lo largo del articulado de la Ley que, por ejemplo, en el precedente artículo 13 se refiere a la “persona natural”, confiriendo en este precepto en concreto a las personas jurídicas o bien sólo la administración del arbitraje o únicamente, si las partes lo han pactado así o no lo han excluido expresamente, la designación del árbitro o árbitros o ambas, tanto la administración del arbitraje como la designación del árbitro.

Por lo demás, se requiere que dichas personas jurídicas a que alude el precepto tengan atribuidas las funciones “arbitrales” de administración del arbitraje en sus propios Estatutos o en las normas que regulen dicha corporación y que, además, dispongan de un Reglamento en donde precisamente se regulen tanto la administración del arbitraje cuanto la manera de designar a los árbitros en cuestión.

Como última novedad al respecto, destacaré que en la disposición adicional segunda de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, publicada el 23 de junio, en el Boletín Oficial del Estado, se habilita al Gobierno para que, mediante Real Decreto, modifique, amplíe y desarrolle las funciones que la Ley atribuye a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, que pasará a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual, que presenta un balance escaso, a diferencia del modelo alemán en que se inspira.

Entre sus funciones, debe incluir, entre otras, las de arbitraje, mediación, fijación de cantidades sustitutorias de tarifas y resolución de conflictos entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual o entre alguna de ellas y una o varias asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión.

Se ha presentado una enmienda, la número 64, del Grupo Mixto, Izquierda Unida, que, por la relevancia de la Comisión, pide que sus elementos básicos se fijen por Ley, preferiblemente de Propiedad Intelectual, por lo que propone la supresión de la disposición adicional segunda, que remite a un posterior desarrollo reglamentario, añadiendo que la modificación de la Comisión no está prevista por la Directiva objeto de transposición, todo lo cual fue rechazado en el Pleno del Senado.

El arbitraje internacional de inversión

No es ninguna novedad, en el escenario internacional, la reciente nacionalización del petróleo producida en Bolivia o Venezuela y tampoco el recurso a la invasión para proteger los derechos del inversor; así, cuando se nacionaliza el petróleo iraní en 1950, una revuelta motivó la dimisión de su presidente en 1953 y ante la expropiación del Canal de Suez, Francia y Gran Bretaña acuerdan con Israel intervenir militarmente en 1956, puesto que no había ningún Tribunal de Justicia Internacional en que una empresa –o un particular– pudiese demandar a un Estado. Por si acaso, Evo Morales y Hugo Chávez adelantan que si el vecino americano se atreve a usar la fuerza, no habrá petróleo para nadie.

Frente al recurso a la fuerza, en la actualidad, la protección de la inversión extranjera en países en vía de desarrollo se fundamenta en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), de los cuales España ha firmado más de medio centenar, entre otros con Bolivia, Colombia, Venezuela o Argentina.

El contenido de dichos APPRI de España con esos países, al igual que los cerca de tres mil vigentes en todo el mundo, recoge que cada Estado garantiza a los ciudadanos y empresas del otro que las inversiones tendrán tratamiento justo, equitativo y no discriminatorio, con imposibilidad de nacionalización o expropiación, o medida similar, sin indemnización, equivalente al valor de mercado de la inversión expropiada antes de la medida.

La garantía de su cumplimiento estriba, en este caso y en todos los demás APPRI, en la cláusula que permite la reclamación directa del inversor contra el Estado infractor ante el Tribunal Internacional de Arbitraje creado por el Banco Mundial en 1965 en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en las oficinas centrales del Banco en Washington, a donde, finalmente, tendrán que acudir las empresas, por ejemplo petrolíferas, contra los Estados, al igual que ya lo hizo Repsol frente a Ecuador por una diferencia con la empresa estatal petrolífera– si no llega antes a un acuerdo satisfactorio.

Es decir, si, por ejemplo, un inversor español cree sufrir un trato discriminatorio en Colombia, o un inversor colombiano en España, o el Gobierno de dichos países del ejemplo, Colombia o España, expropia su empresa, entonces puede iniciar un arbitraje contra dicho Estado de referencia, Colombia o España, pidiendo a los árbitros que condenen a dicho Estado, español o colombiano según los casos, a indemnizar el perjuicio causado.

El demandante típico suele ser una empresa multinacional y el demandado un país en vías de desarrollo, aunque no siempre (hay también demandas contra Estados Unidos, por ejemplo), y los árbitros elegidos, que no tienen por qué ser necesariamente los que figuran en las Listas del Banco Mundial, elegidos por los Estados, deben cumplir, en todo caso, las cualidades del Convenio de creación del CIADI: gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.

Los laudos del CIADI equivalen a sentencias firmes dictadas por el más alto Tribunal de Justicia de los Estados, de cumplimiento obligatorio, sin apelación, que tendrán que ser ejecutados inmediatamente según consta en el Convenio de su constitución, ahora ya firmado por más de 150 Estados, entre ellos Colombia, Bolivia, Argentina, Venezuela y España.

El primer país condenado de la UE fue España, curiosamente por la reclamación de un ciudadano argentino, cuando ahora el país austral es el que, cuantitativamente, presenta el mayor número de reclamaciones pendientes ante el CIADI, que tiene más de 100 casos en trámite con cantidades en disputa superiores a 40 mil millones de dólares y a los que, probablemente, se hubiera añadido la reclamación contra Bolivia por el Decreto de nacionalización del gas y el petróleo y contra Venezuela por la del petróleo.

Ahora bien, Chávez, al día siguiente de la toma de control del yacimiento petrolífero del Orinoco, retira a Venezuela del FMI y del Banco Mundial, y lo mismo han hecho Bolivia, Cuba y Nicaragua, por lo que, de nuevo, en esos países no hay ningún tribunal internacional ante el cual el inversor expoliado pueda ejercitar sus derechos. Es sabido que ante el Tribunal Internacional de Justicia, con sede en La Haya, sólo pueden demandar los Estados, nunca los particulares y las empresas, aparte de la interpretación muy restrictiva del mismo en cuanto a la legitimación y competencia Y en cuanto al recurso a la invasión, por si acaso ya advirtieron Chávez y Morales que si el vecino americano usa la fuerza, no habrá petróleo para nadie.

Al quedarse los APPRI de esos Estados sin la cláusula que permite acudir al arbitraje internacional del CIADI, los inversores extranjeros, entre ellos la colonia gallega, y quedar limitada la eficacia del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, en los términos vistos, por sus problemas estructurales y de que sólo pueden demandar los Estados, ahora, frente a estos países sólo pueden reclamar ante los tribunales internos de justicia del país.

LAS VENTAJAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL POR CONTRAPOSICIÓN AL PROCESO JUDICIAL.

Rafael Colina Garea

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

I. PRELIMINAR

Habiendo transcurrido más de un quinquenio desde la entrada en vigor de la LA 2003, podría ser interesante realizar balance. Ahora bien, no se trata de averiguar si, después de cinco años de aplicación, la LA arroja un balance positivo a su favor o negativo en su contra, sino de comprobar en qué medida esta normativa ha influido en el grado de asimilación, consolidación y utilización de la institución arbitral en el sistema jurídico español. Si se nos permite la gráfica expresión, lo que aquí se procura es efectuar un diagnóstico del actual estado de salud en el que se encuentra el arbitraje en nuestro país como método alternativo de resolución de conflictos.

Tal y como se deduce de su propia Exposición de Motivos, la LA 2003 se planteaba dos objetivos fundamentales: por un lado contribuir a la armonización del Derecho arbitral internacional mediante la acomodación de la legislación española a los parámetros establecidos en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (21 de junio de 1985). Y por otro lado, consolidar el uso de la institución arbitral en nuestro ordenamiento como una alternativa eficaz a la jurisdicción ordinaria⁹⁶⁸.

No obstante este doble objetivo, basta una mera lectura de lo dicho al comienzo del número I de la propia Exposición de Motivos, para percatarse de que la LA 2003 no ubica a ambos fines en un mismo plano, pues aparenta otorgar prioridad a la consecución del primero de ellos, primando la adaptación del Derecho arbitral español al régimen contenido en la Ley Modelo⁹⁶⁹. Al superar la

968 STAMPA CASAS, G. “Motivos y propuestas para la reforma de la Ley de arbitraje”. *La Ley*, 3-2003, p. 1465. Idem. “La evolución del arbitraje en España: La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XX, 2005, p. 237.

969 A lo largo de los seis párrafos que componen este número I de la Exposición de Motivos LA 2003, son constantes y casi exclusivas las referencias a la armonización del Derecho arbitral interno e internacional. Así, nada más comenzar el párrafo primero se dice que “España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje”. A continuación, se señala, en el párrafo segundo, que el principal criterio inspirador

divergencia hasta entonces existente entre el Derecho arbitral interno e internacional, se suprime un obstáculo que impedía atraer a España la celebración de procedimientos arbitrales en materia de relaciones comerciales internacionales. Por lo tanto, da la impresión de que mediante el citado esfuerzo de unificación lo que en realidad se pretende es dotarnos de una Ley que nos permita ser competitivos en el mercado de los arbitrajes internacionales⁹⁷⁰. Se aprecia en el legislador de 2003 un claro *desideratum* de convertir a España en un país de referencia para dirimir arbitrajes internacionales, pensando, especialmente, en lo atractivo que ello podría ser respecto a las controversias que se susciten entre contendientes de habla hispana⁹⁷¹.

Sin embargo, el transcurso del tiempo parece haber demostrado que decantarse tan firme y decididamente por la procura de ese primer objetivo (adaptación derecho arbitral interno e internacional) no ha sido una opción demasiado productiva. Tras cinco años de vigencia de la LA 2003, y pese a los esfuerzos realizados en esta dirección, seguimos sin contar en España con una sede internacional en materia de arbitrajes. París continúa asumiendo la hegemonía europea y Miami persiste como referente para los países hispanoamericanos. Y, por otra parte, lo peor no es que todavía no se haya alcanzado el primero de los fines perseguidos con la reforma de 2003, sino que, al depositar tanta atención en la obtención de aquél, el segundo de ellos ha quedado prácticamente olvidado⁹⁷². Dejando a salvo muy concretas figuras especiales (p. ej. arbitraje de consumo), y aunque ha experimentado una cierta

de la LA 2003 “es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”, a lo que se añade, en el párrafo siguiente, que la citada adaptación se realizará aun cuando la redacción de la Ley Modelo no responde plenamente a los cánones tradicionales de nuestro ordenamiento. El párrafo sexto continúa insistiendo en la importancia que tiene la adecuación de nuestro Derecho arbitral al marco internacional cuando se afirma que “resulta necesario impulsar otro nuevo e importante avance en la regulación de la institución mediante la señalada incorporación de nuestro país al elenco creciente de Estados que han adoptado la Ley Modelo”. Sólo al final de este mismo párrafo, y después de haberse detenido ampliamente en las bondades que supone amoldar el régimen jurídico español del arbitraje al contexto internacional, se incluye una muy mínima referencia a la necesidad de consolidar el uso de la institución arbitral en nuestro ordenamiento. Ahora bien, esa mínima referencia ni siquiera se introduce en solitario, sino que, de nuevo, le acompaña otra alusión a la armonización. En concreto, se asevera literalmente que “por consiguiente, tanto las necesidades de mejora y seguimiento de la evolución del arbitraje como la acomodación a la Ley Modelo hacen necesaria la promulgación de esta Ley”.

- 970 BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. “La nueva Ley de Arbitraje”, en AA.VV. *Homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol*. Vol. I. Abril Campoy y Amat Llari (coords.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2006, p. 361.
- 971 Nos encontramos ante una manifestación más de lo que se ha denominado como “*competitive era*”. Esta expresión anglosajona se utiliza para designar el fenómeno consistente en la reforma de las normas estatales sobre arbitraje comercial internacional con la finalidad de convertir a los territorios de los correspondientes Estados en sedes seguras para la institución. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. “Arbitraje”. *Aranzadi Civil*, nº 18, febrero 2004, p. 11. Idem. “La nueva Ley de Arbitraje”, cit. p. 361. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje”, en AA.VV. *La nueva Ley de arbitraje*. J. C. Fernández Rozas (dir). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2007, p. 121. VERDERA Y TUELLS, E. “La Ley 60/2003, de arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España”, en AA.VV. *La nueva Ley de arbitraje*. J. C. Fernández Rozas (dir). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2007, p. 63. BELLO JANEIRO, D. “El futuro del arbitraje en España”, en AA.VV. *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. T. I. J. Gómez Gállego (coord.). Ed. Thomsom-Civitas. Cizur Menor, 2008, p. 844. Idem. “Principios del contrato de arbitraje. El arbitraje internacional”, en AA.VV. *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Parte Primera. Palestra editores y Estudio Castillo Freyre. Perú 2008, p. 523. NUÑEZ BOLUDA, M^a D. “Rasgos fundamentales del concepto de arbitraje”, en AA.VV. *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*. T. II. González Porras y Méndez González (coords.). Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Murcia 2004, p. 3551 y 3552. CREMADES, B. M. “Del convenio arbitral y sus efectos (arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, en AA.VV. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (coords.). Ed. Marcial Pons. Madrid 2006, p. 276. GONZÁLEZ SORIA, J. “Prólogo”, en AA.VV. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (coords.). Ed. Marcial Pons. Madrid 2006, p. 13. CHECA MARTÍNEZ, M. “Arbitraje internacional y Ley aplicable por el árbitro”, en AA.VV. *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*. J. L. González Montes (coord.). Ed. La Ley. Madrid 2008, p. 324. HINOJOSA SEGOVIA, R. “La nueva Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales”, en AA.VV. *La nueva Ley de Arbitraje*. J. C. Fernández Rozas (dir). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2007, p. 300.
- 972 Vid. ASECIO MELLADO, J. M^a. “El arbitraje. El gran desconocido”. *Revista Práctica de los Tribunales*, año II, nº 14, marzo 2005, p. 3.

evolución desde la LA 1988, el arbitraje aun constituye un método de resolución de conflictos poco extendido y comprendido en nuestro país⁹⁷³. Si se nos tolera retomar la línea de gráficas expresiones antes iniciada, se diría que el denominado sistema arbitral interno o doméstico debe sufrir algún tipo de enfermedad que le impide desarrollarse y crecer con toda normalidad, al mismo ritmo que lo hace en otros países de nuestro entorno no necesariamente pertenecientes al *common law*.

Y ello es así pese a las múltiples ventajas, bondades y virtudes que posee el procedimiento arbitral por contraposición a los “males endémicos” que padece la Administración de Justicia española.

Estas últimas consideraciones en pro del sistema arbitral no tienen como objetivo realizar una gratuita apología del mismo como alternativa rentable a la vía judicial. El hecho de que las partes decidan acoger o rechazar el arbitraje como mecanismo de solución de las disputas que puedan surgir en el marco de una determinada relación, suele ser el resultado de una tarea de ponderación entre las distintas ventajas e inconvenientes que ello comporta. Ahora bien, tal operación de ponderación constituye una cuestión de naturaleza casuística que depende directamente de los intereses que haya en juego en cada supuesto y del posicionamiento que las partes adopten respecto aquéllos⁹⁷⁴.

Partiendo de este argumento, se ha dicho acertadamente que no es adecuado buscar una explicación a la utilización del arbitraje en las teóricas virtudes y bondades que éste presenta, ya que el único factor que justifica su elección o repudio como medio de resolución de controversias es el principio dispositivo en que se basa y la libre autonomía de voluntad de los contendientes⁹⁷⁵. Además, nuestro Código Civil asume un concepto objetivo de causa en donde son totalmente irrelevantes los concretos motivos que hayan llevado a las partes a concertar un determinado contrato (art. 1274 Cc). Dada la naturaleza contractual que posee el convenio arbitral, y en aplicación de la concepción objetiva de la causa, se deduce que las razones que induzcan a las partes a adoptar o a descartar el arbitraje como método de arreglo de disputas constituyen móviles de índole subjetivo que se sitúan al margen del Derecho y que, en principio, resultan jurídicamente intrascendentes. No obstante, aun cuando los móviles subjetivos sean ajenos al concepto de causa, también debemos recordar que el Código Civil revela una evidente preocupación por garantizar que la prestación del consentimiento contractual obedezca a la voluntad plena, libre y deliberante de la persona que lo manifiesta, siendo, a estos efectos muy recomendable, que aquélla posea toda la información necesaria en orden a saber no sólo lo que va a hacer y las consecuencias que ello le podría reportar, sino también si es conveniente o no para sus intereses hacer lo que está haciendo. Extrapolando estas consideraciones en materia de arbitraje, se concluye que, aunque la ponderación de las ventajas e inconvenientes que reviste la utilización de la vía arbitral entra dentro de los móviles subjetivos irrelevantes para el Derecho, resulta importante contar con la mayor cantidad de datos posibles para realizar correctamente dicha labor ponderación y conseguir así que la decisión adoptada, ya sea en sentido de aceptar o rechazar la vía arbitral, responda al verdadero interés de quien la emite. Es preciso evitar que, por razón de una información sesgada o equivocada sobre la institución arbitral, una persona rehúse el arbitraje creyendo falsamente que esta opción era la que más convenía a su interés, y viceversa.

II. LA INQUIETANTE PREGUNTA SOBRE EL FUTURO DEL ARBITRAJE.

Supongamos que, en un hipotético intento de muestreo, nos dirigimos a los profesionales del Derecho y juristas de nuestro país para preguntarles acerca de su opinión sobre el futuro del arbitraje y su potencial aptitud como instrumento para la resolución de controversias domésticas en España⁹⁷⁶.

973 ASENCIO MELLADO, J. M^a. “El arbitraje. El gran desconocido”, cit. p. 4.

974 BERCOVITZ, RODRIGUEZ CANO, R. “Prólogo”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. R. Bercovitz (coord.). Ed. Tecnos. Madrid 1991, p. 11.

975 OGAYAR Y AYLÓN, T. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Ed. Edersa. Madrid 1977, p. 68.

976 Aunque pronunciadas hace tiempo y con ocasión de la promulgación de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, creemos que, en relación con lo que decimos en el texto, siguen siendo oportunas las palabras de GUASP cuando en su obra *El arbitraje en el Derecho español* (Ed. Bosch. Barcelona 1956, p. 13) afirmaba que “colocado

Ante este interrogante, es muy probable que la mayor parte de los encuestados respondiese afirmando que “el futuro es el arbitraje”⁹⁷⁷. Y también muy probablemente, quienes así se manifestasen no tardarían en intentar fundamentar la respuesta dada mediante la enumeración y completa explicación de las múltiples ventajas que el procedimiento arbitral presenta frente a los procesos judiciales como métodos heterocompositivos de solución de conflictos intersubjetivos.

En efecto, en una primera aproximación, parece que el arbitraje hace gala de un amplio repertorio de cualidades y virtudes que lo convertirían en una seria alternativa a la jurisdicción ordinaria en cuanto que mecanismo con una mayor aptitud e idoneidad para dirimir litigios. Las ventajas a las que hacemos referencia han sido expuestas reiteradamente por la doctrina⁹⁷⁸ y da la impresión de que en ocasiones resultan tan evidentes que no hace falta demasiado esfuerzo para lograr apreciarlas en su justa medida y justificar su existencia⁹⁷⁹.

frente al arbitraje, no existe ningún tipo de juristas que no reaccione vivamente a favor o en contra, y acaso sea la mejor manera de diagnosticar la concepción del derecho que cada uno tiene, la de preguntarle, en substancia, qué opina del arbitraje, ya que según se manifieste en pro o en contra, habremos descubierto sus últimos pensamientos, metafísicos, más que dogmáticos, sobre lo que el derecho verdaderamente deba ser”.

- 977 Como apoyo a la afirmación que efectuamos en el texto, Vid. MORÁN, M. y TORRES, D. “El arbitraje sigue en punto muerto pese a la apuesta de las grandes firmas”. *Diario Expansión*. Suplemento Jurídico de 29 de abril de 2008, p. 39.
- 978 Vid., entre otros, DE CASTRO, F. “El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria”. *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*. T. II. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 1997, pp. 1187 y ss. SANDERS, P. *Quo vadis arbitration?. Sixty years of arbitration practice*. Ed. Kluwer Law International. The Hague 1999, pp. 2 a 9. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Ed. Iustel. Madrid 2008, pp. 48 y ss. CORDÓN MORENO, F. *El arbitraje de Derecho Privado (Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*. Ed. Thomsom-Civitas. Cizur Menor 2005, pp. 18 y ss. OGAYAR Y AYLLÓN, T. *El contrato de compromiso...*, cit. pp. 66 y ss. REGLERO CAMPOS, F. *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*. Ed. Montecorvo. Madrid 1991, p. 19. BELLO JANEIRO, D. “El futuro del arbitraje en España”, cit. p. 842. Idem. “Principios del contrato de arbitraje...”, cit. pp. 496 y ss. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral”, en AA.VV. *La nueva Ley de Arbitraje*. J. C. Fernández Rozas (dir.). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2007, pp. 372 a 374. CALVO SÁNCHEZ, M^a del C. “El proceso penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral”, en AA.VV. *Arbitraje, mediación, conciliación*. E. Pedraz Penalva (dir.). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1995, p. 223. MONTESINOS GARCÍA, A. *Arbitraje y nuevas tecnologías*. Ed. Thomsom-Civitas. Cizur Menor 2007, pp. 137 y 138, en concreto nota 213. HINOJOSA SEGOVIA, R. “Arbitraje nacional: la experiencia española”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Vol. XIV, 1999, pp. 359 y ss. Mismo trabajo también publicado en *Revista de Derecho Procesal*, n^o 1, año 2000, pp. 86 y ss. RODRÍGUEZ RECIO, J. J. “Arbitraje y gestión de cobros”, en AA.VV. *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva Ley de Arbitraje 60/2003*. Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2005, pp. 238 y 239. GASPAS LERA, S. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Ed. Aranzadi. Pamplona 1998, p. 60. GONZÁLEZ SORIA, J. *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral*. Ed. Cámara de Comercio e Industria de Madrid 1988, pp. 14 y ss. Idem. “Prólogo”, cit. pp. 11 y ss. MULLERAT, R. “El arbitraje de consumo en los Estados Unidos de América”. *La Ley*, 1998-3, pp. 1719 7 1720. GARCÍA GÓMEZ, R. “El convenio arbitral de consumo. Arbitraje de consumo y justicia material”, en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*. T. I. Llamas Pombo (coord.). Ed. La Ley. Madrid 2006, p. 780. GARCÍA PÉREZ, C. *El arbitraje testamentario*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1999, pp. 18 y 19. VALBUENA GONZÁLEZ, F. “La intervención de los juzgados de los mercantiles en materia de arbitraje”. *AJA*, n^o 618, 1 de abril de 2004, p. 8, en concreto nota 7. DÍAZ MADRERA, B. “El arbitraje y el Derecho de la contratación pública”, en AA.VV. *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Primera Parte. J. L. Collantes (dir.). Ed. Palestra Editores y Estudio Castillo Freyre. Perú 2007, pp. 155 y 156. JUNCEDA MORENO, FCO. J. “Arbitraje y Derecho del Medioambiente”, en AA.VV. *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Primera Parte. J. L. Collantes (dir.). Ed. Palestra Editores y Estudio Castillo Freyre. Perú 2007, pp. 187 a 189. HERMIDA DEL LLANO, C. “El arbitraje y Derecho Comunitario Europeo (A propósito de la solución extrajudicial de conflictos en el marco de ordenamientos supranacionales en mercados únicos)”, en AA.VV. *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Segunda Parte. J. L. Collantes (dir.). Ed. Palestra Editores y Estudio Castillo Freyre. Perú 2007, p. 289.
- 979 Sin ánimo de exhaustividad y como simple muestra de lo que decimos, valgan los siguientes ejemplos: GONZÁLEZ SORIA (La intervención judicial en el arbitraje..., cit. p. 14) nos dice literalmente que “Otra ventaja es el menor coste. El aspecto del coste no necesita excesivos comentarios, ya que es evidente que el procedimiento ordinario es caro en costas y honorarios y se encarece aún más en proporción a su duración”. Aunque referida a la transacción, esta misma idea también ha sido puesta de relieve por GRACIA PELIGERO y MAINAR ENE (La solución tran-

III. LAS VENTAJAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL POR CONTRAPOSICIÓN AL PROCESO JUDICIAL. EXPOSICIÓN SUMARIA.

Entre las bondades que el procedimiento arbitral muestra frente al proceso judicial, han sido especialmente destacadas las siguientes⁹⁸⁰:

1. RAPIDEZ Y CELERIDAD.

A diferencia de lo que sucede en el proceso judicial (frecuentemente lento y tedioso), el procedimiento arbitral se caracteriza por su rapidez y celeridad, pues, su desarrollo se completa en un período de tiempo más corto y breve. En este sentido, y al igual que hacía el art. 30.1 LA de 1988, el art. 37.2 de la vigente norma arbitral de 2003 obliga (salvo que se hubiera dispuesto otra cosa) a los árbitros a dictar el laudo en un período máximo de seis meses y si así no se hiciese tendrá lugar la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros⁹⁸¹. El laudo emitido no será susceptible de recurso alguno y constituye un título ejecutivo y ejecutable (art. 517.2.2º LECiv). Estos dos últimos datos significan que el procedimiento arbitral se sustancia en una única instancia⁹⁸², ahorrándose así el tiempo que a menudo es necesario invertir en los procesos judiciales ordinarios para recorrer las distintas instancias hasta la obtención de una sentencia firme⁹⁸³.

2. FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO.

Otra de las sedicentes ventajas del arbitraje radica en la flexibilidad de la que goza el procedimiento mediante el cual se desenvuelve. Esta cualidad permite que el proceso arbitral pueda adap-

saccional: análisis de sus posibilidades. Ed. Tecnos. Madrid 1998, p. 17) cuando de manera indubitada sostienen que “respecto el mencionado ahorro económico que para el particular representa la opción por la transacción de su controversia eludiendo la alternativa de su resolución por vía judicial, no merece la pena insistir en ello dada su evidencia”.

980 Pese a que son sobradamente conocidas por haberse repetido casi hasta la saciedad, y aun a riesgo de ser tildados de reiterativos, no renunciamos a exponer, aunque sólo sea someramente, las principales ventajas que, frente a la jurisdicción, posee el arbitraje como procedimiento heterocompositivo de resolución de conflictos. Aunque no resulte absolutamente necesaria, creemos que dicha exposición es conveniente, porque, por una parte, contribuye a facilitar la comprensión de las cuestiones que luego desarrollaremos, facilitando que el discurso fluya lógicamente, y, por otra parte, porque nos va a servir para analizar en qué medida las novedades incorporadas en la Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, han contribuido a acentuar o desvirtuar tales cualidades o virtudes.

981 Sin perjuicio de esta coincidencia, existen importantes diferencias en la regulación incluida en los preceptos que acabamos de citar: a). El plazo de seis meses en el que se ha de dictar el laudo ya no se computa desde la fecha en la que los árbitros hubieran aceptado la resolución de la controversia (art. 30.1 LA 1988), sino a partir de un momento posterior y más avanzado el procedimiento: desde que se haya presentado la denominada “contestación a la demanda” a la que alude el art. 29 LA 2003, según reza el propio art. 37.2 de esa misma norma. b). El art. 30.2 LA 1988 afirma que el laudo dictado extemporáneamente deja sin efecto el convenio arbitral y expedita la vía judicial para plantear la controversia. En cambio, el art. 37.2 LA 2003, dice que la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afecta a la eficacia del convenio arbitral, por lo que, aunque se haya laudado extemporáneamente y hayan terminado las actuaciones arbitrales y cesado los árbitros se podrá volver a plantear el conflicto recurriendo de nuevo al arbitraje. c). En íntima relación con esta circunstancia se debe tener también presente que en la LA 1988 la decisión de prorrogar el plazo para dictar el laudo correspondía a las partes en litigio, mientras que en la LA 2003, esa misma decisión es competencia ahora de los árbitros. Posteriormente veremos como estas dos últimas alteraciones normativas pueden resultar relativamente útil a fin de evitar conductas que pretendan introducir dilaciones indebidas en el procedimiento arbitral pudiendo minimizar su característica rapidez y brevedad.

982 Vid. SANDERS, P. *Quo vadis arbitration?...*, cit. p. 3.

983 No obstante lo dicho en el presente párrafo, no se debe olvidar que el plazo legal de seis meses para emitir el laudo puede ser prorrogado por dos meses más mediante decisión motivada de los árbitros y salvo que exista acuerdo en contrario de las partes (art. 37.2 LA). Además, y aunque el laudo no sea susceptible de recurso alguno, hay que recordar: a). que las partes pueden solicitar de los árbitros la corrección, aclaración y complemento del laudo (art. 39 LA). b). que contra el laudo puede ejercitarse la acción de anulación en los casos expresamente previstos por la Ley (Vid. arts. 40 y 41 LA). c) y, por último, que el laudo también puede ser objeto de revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 43 LA).

tarse con facilidad a las vicisitudes que sobrevenidamente vayan acaeciendo a lo largo del mismo, de modo tal que en todo momento pueda ajustarse a la controversia⁹⁸⁴.

La LA 2003 ha contribuido a incrementar la flexibilidad que ya caracterizaba al procedimiento arbitral bajo la vigencia del texto de 1988. Y ello por dos motivos fundamentales: ahora se otorga un amplio margen de actuación a la voluntad y libertad las partes en conflicto, e igualmente se profundiza en el fenómeno que hemos dado en calificar como “desjudicialización del procedimiento arbitral”.

a). En la normativa contenida en la LA 2003, la autonomía de voluntad de los contendientes cobra auténtico protagonismo, pues no sólo es la causa que da origen al procedimiento arbitral, sino que también es el principio que lo informa a lo largo de todo su devenir y desarrollo⁹⁸⁵. Abundan las normas dispositivas y escasean las de naturaleza cogente, razón por la cual las partes pueden decidir prácticamente sobre casi todas las cuestiones que se planteen con ocasión del proceso y en relación con el mismo⁹⁸⁶.

b). El fenómeno que hemos bautizado como “desjudicialización del procedimiento arbitral” pretende subrayar el esfuerzo que el legislador de 2003 ha realizado para convertir al arbitraje en un procedimiento dotado de sustantividad, diferenciado de los procesos judiciales, así como autónomo y autosuficiente en cuanto a sus relaciones con los jueces y tribunales.

La desjudicialización a la que aludimos se aprecia, en primer lugar, en la circunstancia de que se ha descargado al procedimiento arbitral de los pesados y excesivos formalismos propios de los procesos judiciales. Esta vocación antiformalista de la LA 2003 se hace patente no sólo en lo relativo al desarrollo del procedimiento en sí mismo, cuyo devenir queda totalmente en manos de las partes con el único límite del respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción (art. 24.1 LA), sino

984 En este sentido, Vid. LOWENFELD, A. F. “Untitled review of Pieter Sanders’ book «Quo Vadis arbitration?»”. *The American Journal of International Law*. Vol. 95, nº 3, July 2001, p. 730. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. “La nueva Ley de Arbitraje”, cit. p. 361. Idem. “Arbitraje”, cit., p. 11. BELLO JANEIRO, D. “El futuro del arbitraje en España”, cit. p. 842.

985 CORDÓN MORENO, F. *El arbitraje de Derecho Privado*, cit. pp. 33, 34, 53 y 55. BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Ed. Thomson-Civitas. Cizur Menor 2006, pp. 34 y 60. MONTESINOS GARCÍA, A. *Arbitraje y nuevas tecnologías*, cit. p. 117.

986 Tal y como nos explica BERCOVITZ (“La nueva Ley de Arbitraje”, cit. p. 364), son múltiples las ocasiones en las que la LA 2003 afirma que la regla establecida regirá en defecto de las partes, o salvo que se hubiera dispuesto otra cosa. “Son ellas [las partes] las que directa o indirectamente pueden determinar el número de árbitros (art. 12), sus características (art. 13), el procedimiento de designación (art. 15), el plazo de aceptación por los mismos (art. 16), el procedimiento de recusación (art. 18), el de remoción, (art. 19), el de sustitución (art. 20), la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares (art. 23), el procedimiento arbitral con el único límite derivado del respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción (arts. 24 y 25), el lugar del arbitraje (art. 26), el momento de inicio del mismo (art. 27), el idioma (art. 28), la posibilidad de modificar o ampliar las peticiones presentadas inicialmente (demanda, contestación, reconvencción) a los árbitros (art. 29), la forma de las actuaciones arbitrales (art. 30), la consecuencia de la falta de comparecencia de las partes (art. 31), el nombramiento de peritos y la participación de las partes en la audiencia de los mismos para interrogarlos, la aportación de dictámenes de peritos libremente designados por cada parte (art. 32), las normas aplicables al fondo de la controversia (art. 34), la mayoría necesaria para la adopción de decisiones por los árbitros (art. 35), el plazo, la forma, el contenido y la notificación del laudo (art. 37), la terminación de las actuaciones (arts. 36 y 38), el plazo para solicitar a los árbitros la corrección, la aclaración o el complemento del laudo respecto de peticiones no resueltas en él (art. 39)”. En esta misma línea ejemplificativa, Vid. también MATEO SANZ, J. B. “Prólogo”, en AA.VV. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. V. Guilarte (dir). Ed. Lex Nova. Valladolid 2004, p. 10. MALUQUER DE MOTES, C. “Comentario al art. 1 LA”. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. V. Guilarte (dir). Ed. Lex Nova. Valladolid 2004, p. 48. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. “Comentario al art. 24 LA”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*. T. I. J. Garberí (dir). Ed. Bosch. Barcelona 2004, p. 578. HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, A. “Disposiciones generales (arts. 1, 2, 3-8 LA)”, en AA.VV. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (coords.). Ed. Marcial Pons. Madrid 2006, pp. 37 y 38. HERMOSILLA MARTÍN, R. y RUBIO ESCOBAR, P. M. “Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones arbitrales (arts. 34-39 LA)”, en AA.VV. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (coords.). Ed. Marcial Pons. Madrid 2006, p. 448.

que también se muestra especialmente presente en aspectos tan trascendentales como la confección del convenio arbitral⁹⁸⁷ o las reglas que han de ser observadas para emitir un laudo válido y eficaz con arreglo a Derecho⁹⁸⁸.

En segundo lugar, esa tendencia hacia la desjudicialización del procedimiento arbitral, también se observa por lo que respecta al papel que concierne a los jueces y tribunales de justicia en relación con aquél. Se ha dicho que durante largo tiempo, e incluso bajo la vigencia de la LA 1988, el arbitraje en España no era un método seguro y eficaz de resolución de controversias, sino una auténtica sucesión de controles y obstáculos judiciales que habían terminado con la rapidez y eficacia características de la institución arbitral⁹⁸⁹. Esta situación venía en parte motivada por la desconfianza que los jueces y magistrados mostraban hacia el arbitraje, pues frecuentemente consideraban que éste facilitaba una vía de escape del Derecho⁹⁹⁰ y que constituía una institución intrusa en el ámbito jurisdiccional⁹⁹¹. Con la finalidad de superar este estadio preexistente, la LA 2003 ha trazado una nítida separación entre la vía judicial y arbitral, evitando injustificadas injerencias que impidan al arbitraje convertirse en opción viable frente a la jurisdicción, de modo tal que la interrelación entre ambas vías sólo existirá cuando resulte absolutamente necesaria⁹⁹². Por lo tanto, bajo la vigencia de

987 El art. 9.3 LA exige que el convenio arbitral conste por escrito. Pese a ello, algunos autores han coincidido en interpretar que se ha producido una ruptura con los vestigios formalistas de la LA 1988, ya que la observancia de la forma escrita no es condición de la validez del convenio. No se trata de un requisito de forma *ad solemnitatem*, sino meramente *ad probationem*. En torno a esta afirmación Vid. ROGEL VIDE, C. “El convenio arbitral y el arbitraje testamentario”. *RGLJ*, nº 3, julio-agosto 2006, p. 475. VERDERA Y TUELLS, E. “La Ley 60/2003, de arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España”, cit. p. 37. BELLO JANEIRO, D. “Principios del contrato de arbitraje...”, cit. p. 526. CREMADES, B. M. “Del convenio arbitral y sus efectos”, cit. pp. 288 y ss. MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^a. *Tratado de Derecho arbitral*. Ed. Thomsom-Civitas. Cizur Menor 2006, p. 220. MENÉNDEZ GONZÁLEZ, A. “Las nuevas tecnologías y los procedimientos arbitrales”, en AA.VV. *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva Ley de Arbitraje 60/2003*. Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2005, p. 5. HERNÁNDEZ BURRIEL, J. “Comentario al art. 9 LA”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre*. 2ª ed. R. Hinojosa (coord.). Ed. Grupo Difusión. Madrid 2008, p. 76. Abundando en esta misma tendencia antiformalista se observa que cabe que el convenio resulte del intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo (art. 9.3 LA). No es necesario que el convenio se documente en papel, sino que ahora se admite que conste en soporte electrónico, óptico o de otro tipo similar, siempre que dicho soporte sea accesible para ulterior o ulteriores consultas del citado convenio (art. 9.3 párrafo segundo LA). Del mismo modo, se acepta ahora la denominada “cláusula arbitral por referencia”, en alusión a la posibilidad que tienen las partes de incorporar a su acuerdo el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido (art. 9.5 LA). Por último, el art. 9.5 LA entiende que el convenio existe cuando en un intercambio de escritos de demanda y de contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra”. Acerca de este extremo, Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. “La nueva Ley de arbitraje”, cit. p. 365 y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *Tratado del arbitraje comercial...*, cit. p. 49.

988 El art. 37.8 LA 2003 ha suprimido la exigencia de la protocolización notarial del laudo que se incluía expresamente en el art. 33.2 LA 1988. El procedimiento arbitral se beneficia así del ahorro de tiempo y de costes que se deriva de no imponer obligatoriamente la protocolización del laudo, contemplándose ésta como un trámite voluntario que sólo habría que cumplimentar cuando así lo solicitase alguna de las partes a su costa. Igualmente en esta línea antiformalista, es digno de destacar que el art. 37.7 LA 2003 ha eliminado también la exigencia de que la notificación de laudo se lleve a cabo en modo fehaciente, tal y como lo hacía el art. 33.2 LA 1988.

989 Son palabras de FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y ARTUCH IRIBERRI, E. “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje elaborada por la Corte Española de Arbitraje (diciembre 1996)”. *Revista de la Corte Español de Arbitraje*. Vol. XIII, 1997, p. 304.

990 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y ARTUCH IRIBERRI, E. “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre...”, cit. p. 311.

991 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”. *Derecho Privado y Constitución*, nº 19, enero-diciembre 2005, p. 65.

992 Son argumentos expuestos por SERRANO GÓMEZ, E. “Comentario al art. 7 LA”, en AA.VV. *Comentarios breves a la Ley de Arbitraje*. E. Díez-Bastián (coord.). Ed. Reus. Madrid 2007, p. 37. En el mismo entendimiento, Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje”, cit. p. 97. MARÍN LÓPEZ, M. J. “Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas”. *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2006, p. 48. VALBUENA GONZÁLEZ, F. “La intervención de los juzgados de lo mercantil en materia de arbitraje”, cit. p. 3.

la LA 2003 la participación de los juzgados y tribunales se contempla de manera muy restrictiva. La intervención judicial en el procedimiento arbitral no sólo es ahora mínima, sino también tasada en cuanto que sólo se admite en aquellos supuestos expresamente contemplados por la Ley⁹⁹³. El art. 7 LA es muy tajante en este tema cuando literalmente afirma que “en los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”. Y precisamente, estos casos son los siguientes: nombramiento de los árbitros a falta de acuerdo para ello de las partes (art. 15.2.a LA), asistencia judicial para la práctica de pruebas (art. 33 LA), ejecución de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros (art. 23 LA), ejecución forzosa del laudo (art. 44 LA), acción de anulación del laudo arbitral (art. 42) y exequátur de laudos extranjeros (art. 46 LA).

Basta con una mera lectura de los preceptos citados para percatarse de que, con ocasión de la entrada en vigor de la LA 2003, se ha producido un importante cambio en la naturaleza que reviste la intervención judicial en el proceso arbitral, porque, a diferencia de lo que acontecía anteriormente, el control, la vigilancia y la fiscalización han dado paso a la cooperación, el auxilio y la colaboración⁹⁹⁴. Se minimiza la interferencia para maximizarse el apoyo de los poderes judiciales⁹⁹⁵. Por consiguiente, a la vista de lo relatado, podemos concluir que la participación de los juzgados y tribunales en los procesos arbitrales no sólo se ha reducido cuantitativamente, sino que se ha transformado cualitativamente, contribuyendo ambos cambios a que el arbitraje posea la potencialidad suficiente para servir como un método rápido, eficaz y seguro para la resolución de conflictos.

3. ECONOMÍA Y ONEROSIDAD MODERADA.

Junto a otros factores, la flexibilidad inherente al procedimiento arbitral y la posibilidad de obtener una pronta solución a las controversias que se someten al mismo coadyuvan a que los costes que hay que invertir para solventar un conflicto mediante arbitraje sean menores que los que se normalmente se precisan para conseguir ese mismo resultado en vía judicial. Frecuentemente, se ha dicho que uno de los principales atractivos que presenta el procedimiento arbitral es la de ser un método de resolución de arreglo de diferencias más económico y barato que la jurisdicción ordinaria. En principio, parece probable que un ahorro de tiempo provocará el subsiguiente ahorro de costes⁹⁹⁶. Repárese en que la relación controvertida permanece congelada mientras no recaiga resolución judicial sobre la misma⁹⁹⁷. Si debido a la lentitud y dilación del proceso judicial esta situación se prolonga excesivamente en el tiempo, es posible que ello genere una sensación de incertidumbre que repercuta no sólo en la salud mental de los contendientes, sino también en sus economías o en sus cuentas de resultados. Por razón de su rapidez y del ahorro de costes que a menudo conlleva, el arbitraje podría ser apto para garantizar la supervivencia de muchas empresas que, sumergidas en pleitos interminables, podrían tener serias dificultades económicas⁹⁹⁸.

993 HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, A. “Disposiciones generales”, cit. p. 38. SENES MOTILLA, C. *La intervención judicial en el arbitraje*. Ed. Thomsom-Civitas. Cizur Menor 2007, p. 28. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L. *El control judicial del arbitraje*. Ed. La Ley. Madrid 2008, p. 18. MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^a. *Tratado de Derecho arbitral*, cit. p. 168. MARÍN LÓPEZ, M. J. “Presente y futuro del arbitraje de consumo...”, cit. p. 48. Sin embargo, BARONA VILAR (*Medidas cautelares en el arbitraje*, cit. p. 36) considera que los casos en los que los jueces pueden intervenir en sede arbitral no es un elenco de supuestos *numerus clausus*, aunque ésta fuera la intención del legislador.

994 En relación con esta concreta cuestión, nos dice SANDERS (*Quo vadis arbitration?...*, cit. p. 18) que “respecto del arbitraje los tribunales tienen una doble función: control y asistencia”.

995 De modo similar, aunque referido a las relaciones entre el arbitraje internacional y las jurisdicciones nacionales, Vid. CREMADES, B. M. y CAIRNS, D. J. A. “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Vol. XVII, 2002, p. 27.

996 CORDÓN MORENO, F. *El arbitraje de Derecho Privado*, cit. p. 19. BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares en el arbitraje*, cit. p. 62. MULLERAT, R. “El arbitraje de consumo en los Estados Unidos de América”, cit. p. 1719. GONZÁLEZ SORIA, J. *La intervención judicial en el arbitraje*, cit. p. 14.

997 Vid. GRACIA PELIGERO, C. J. y MAINAR ENE, M^a del P. *La solución transaccional...*, cit. p. 16.

998 Esta virtud del arbitraje ha sido públicamente resaltada por la Asociación Comunitaria de Arbitraje y Mediación (ACAM) en diversas ocasiones. Véase, por ejemplo, *Iustel*, “Revista de Prensa” de 27 de abril de 2004 (RI § 1003738)

Por último resta por decir que en el arbitraje, y desde el punto de vista económico, se da una especie de pirámide invertida: cuanto mayor es el valor del litigio de la contienda arbitral menor es la repercusión porcentual del gasto, porque se trata de honorarios con carácter regresivo⁹⁹⁹. Igualmente puede influir en el abaratamiento de los costes el hecho de que en el proceso arbitral no es preceptiva la intervención de abogado y procurador, lo cual provocaría el ahorro de las cantidades que, en ocasiones, arrojan sus minutas de honorarios por la representación y defensa en juicio de los intereses de parte¹⁰⁰⁰. Además, la especialización propia de los árbitros también permitiría obviar los gastos que, de otro modo, habría que emplear en peritos cuando fuese preciso un dictamen de tipo técnico¹⁰⁰¹.

4. CONFIDENCIALIDAD Y PRIVACIDAD.

Frente a la publicidad con la que han de desarrollarse todas las actuaciones en el seno del proceso judicial, el arbitraje se configura como un procedimiento caracterizado por las notas de discreción y privacidad. En nuestra legislación arbitral, el deber de confidencialidad se recoge por vez primera en el art. 24 LA 2003¹⁰⁰². De acuerdo con este precepto, los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales están obligados a no revelar y salvaguardar cualesquiera datos e informaciones que hubieran conocido por razón de su intervención en el procedimiento. La ausencia de publicidad propia del arbitraje resulta ventajosa para las partes, porque permite que éstas puedan confiar a los árbitros secretos, intimidades e informes de todo tipo¹⁰⁰³, quedando a salvo de los posibles perjuicios que podrían sufrir en la hipótesis de que tales circunstancias fuesen hechas públicas¹⁰⁰⁴.

Algunos autores han considerado que, pese ser un acierto indiscutible¹⁰⁰⁵, la regulación contenida en el art. 24 LA padece de falta de concreción¹⁰⁰⁶, es tímida¹⁰⁰⁷ e insuficiente¹⁰⁰⁸. Con la intención de suplir estas aparentes carencias normativas, se ha dicho que sería conveniente interpretar el citado precepto otorgando la máxima extensión subjetiva y objetiva al deber de confidencialidad, ya que, procediendo de esta manera, se estaría garantizado que tal comportamiento debido pueda apreciarse como una auténtica ventaja apta para atraer conflictividad social hacia el arbitraje:

a). Por lo que atiene a su extensión subjetiva, la restricciones a la publicidad no han de afectar solamente a las partes, los árbitros o las instituciones que administren o gestionen el arbitraje, sino que deberían alcanzar también a cualesquiera otras personas que, de un modo u otro, tengan participación en el proceso, por muy mínima que ésta sea, y en especial a los peritos, técnicos, abogados y ase-

o el artículo titulado “El futuro del arbitraje” publicado en *Navactiva* con fecha de 4 de abril de 2005 (www.navactiva.com/web/amngm/doc/articulos/2005/04/30792.php).

999 Esta es la opinión de CABELLO ASTOLFI, según consta en el artículo intitulado “Los laudos salomónicos suponen un factor de desprestigio del arbitraje”, publicado en *Negocio*, 15 de febrero de 2007, p. 21.

1000 CORDÓN MORENO, F. *El arbitraje de Derecho Privado*, cit. p. 19. HINOJOSA SEGOVIA, R. “La Ley de Arbitraje de 2003: consideraciones generales”. *Revista de Derecho Procesal*, año 2005, p. 321. GRACIA PELIGERO, C. J. y MAINAR ENE, M^a del P. *La solución transaccional...*, cit. p. 17.

1001 MARÍN GÁMEZ, J. A. “Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje”. *Derecho privado y Constitución*, n^o 16, enero-diciembre 2002, p. 256.

1002 El precepto al que hacemos referencia afirma literalmente: “los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”.

1003 GONZÁLEZ SORIA, J. *La intervención judicial en el arbitraje...*, cit. p. 15. Idem. “Prólogo”, cit. p. 12. BELLO JANEIRO, D. “Principios del contrato de arbitraje...”, cit. p. 503.

1004 Nos referimos a lo que algún autor ha calificado como “perjuicios colaterales”. Vid. DE HOYOS SANCHO, M. “Comentario al art. 24 LA”, en AA.VV. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. V. Guilarte (dir). Ed. Lex Nova. Valladolid 2004, p. 456. Vid. en sentido similar HINOJOSA SEGOVIA, R. “Arbitraje nacional...”, cit. p. 360.

1005 DÍEZ-PICAZO, L. “Comentario al art. 24 LA”, en AA.VV. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. J. González Soria (coord). Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor 2004, p. 285. MARIN LÓPEZ, M. J. “Presente y futuro del arbitraje de consumo”, cit. p. 35.

1006 MAZORRA DE COS, G. “Comentario al art. 24 LA”, en AA.VV. *Comentarios breves a la Ley de Arbitraje*. E. Díaz-Bastien (coord). Ed. Reus. Madrid 2007, p. 139.

1007 STAMPA, G. “La evolución del arbitraje en España...”, cit. p. 257.

1008 CHILLÓN MEDINA, J. M^a y MERINO MERCHÁN, J. F. “Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje”. *La Ley*, n^o1-2004, p. 1740. Idem. *Tratado de Derecho arbitral*, cit. p. 180.

sores jurídicos de parte¹⁰⁰⁹. Ahora bien, como es lógico, los sujetos mencionados no están obligados a mantener la privacidad entre sí, sino respecto a terceros¹⁰¹⁰. De esta forma se evitan interferencias externas ajenas al problema controvertido que podrían influir negativamente en la neutralidad, celeridad y eficacia del procedimiento arbitral¹⁰¹¹.

b). En cuanto a su extensión objetiva, el deber de confidencialidad habría de regir para todo aquello que fuese conocido con ocasión del arbitraje¹⁰¹² y, en concreto, sería aconsejable que el secreto también se mantuviese no sólo en relación a las informaciones y datos vertidos en el curso de las actuaciones arbitrales, sino también en lo concerniente a la existencia en sí del procedimiento¹⁰¹³, de la contienda que se debate en el mismo y de la relación jurídica originaria del litigio¹⁰¹⁴. Si se admitiese esta idea, el deber de confidencialidad comportaría la ventaja de conjurar el peligro de desprestigio, social, personal, comercial o profesional que podría suponer para los contendientes su público procesamiento¹⁰¹⁵.

5. MITIGACIÓN DE LA HOSTILIDAD.

En el procedimiento arbitral se mitiga la hostilidad que suele caracterizar el comportamiento de las partes en juicio¹⁰¹⁶. A este respecto, se argumenta que en los procesos judiciales el conflicto se manifiesta en su máxima expresión¹⁰¹⁷. Si a ello se añade la lentitud con la que a menudo se maneja la administración justicia, existe una alta probabilidad de que la controversia acabe enquistándose, provocando una traumática ruptura de las relaciones que convierta en irreconciliables las posiciones de las partes. Dado que el arbitraje es un mecanismo fundado en la cultura del acuerdo al que se acude con la intención de resolver en el menor tiempo posible los concretos puntos de fricción que pudieran haber surgido¹⁰¹⁸, se observa que este aquél incrementa la posibilidad de entendimiento entre las partes y reduce el riesgo de confrontación directa¹⁰¹⁹. De este modo, el procedimiento arbitral tendría la ventaja de contribuir al mantenimiento de las relaciones entre las partes, evitando la quiebra definitiva de las presentes y favoreciendo la aparición de otras nuevas en un inmediato futuro¹⁰²⁰. En definitiva, “el arbitraje es el modo de hacer justicia conservando –si no la amistad–¹⁰²¹ las buenas relaciones intersubjetivas”¹⁰²².

1009 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *Tratado del arbitraje comercial...*, cit. p. 50. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. “Comentario al art. 24 LA”, cit. p. 598. MAZORRA DE COS, G. “Comentario al art. 24 LA”, cit. p. 140.

1010 DE HOYOS SANCHO, M. “Comentario al art. 24 LA”, cit. p. 456.

1011 DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ, L. “El procedimiento arbitral: principios, desarrollo y modos de terminación”. *Práctica de los Tribunales*, nº 14, marzo 2005, p. 37.

1012 DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ, L. “El procedimiento arbitral...”, cit. p. 37.

1013 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *Tratado del arbitraje comercial...*, cit. p. 51. MAZORRA DE COS, G. “Comentario al art. 24 LA”, cit. p. 140.

1014 GARCÍA PÉREZ, C. *El arbitraje testamentario*, cit. pp. 18 y 19.

1015 GASPAS LERA, S. *El ámbito de aplicación del arbitraje*, cit. p. 60, en concreto nota 143.

1016 MULLERAT, R. “El arbitraje de consumo en los Estados Unidos...”, cit. p. 1719.

1017 GRACIA PELIGERO, C. J. y MAINAR ENE, M^a del P. *La solución transaccional...*, cit. p. 10.

1018 HERMIDA DEL LLANO, C. “El arbitraje y Derecho Comunitario europeo...”, cit. p. 288. GONZÁLEZ SORIA, J. *La intervención judicial...*, cit. p. 15. Idem. “Prólogo”, cit. p. 12.

1019 YAÑEZ DE VELASCO, R. *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2004, p. 42. JUNCEDA MORENO, FCO. J. “Arbitraje y Derecho del medio ambiente”, cit. p. 187. HERMIDA DEL LLANO, C. “El arbitraje y Derecho Comunitario europeo...”, cit. p. 288.

1020 RODRÍGUEZ RECIO, J. J. “Arbitraje y gestión de cobros”, cit. p. 238.

1021 Originariamente la frase decía que el arbitraje permite “hacer justicia conservando la amistad” (l’arbitraggio é il modo di far giustizia conservando l’amicizia) y su autoría es atribuida a MINOLLI (“The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards”, en *Unification of Law*. Unidroit Yearbook 1958. Roma 1959) por FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *Tratado del arbitraje comercial...*, cit. p. 50. PEDRAZ PENALVA, E. “El proceso y sus alternativas”, en AA.VV. *Arbitraje, mediación, conciliación*. E. Pedraz (dir). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1995, p. 44, por CALVO SÁNCHEZ en “El proceso penal y sus alternativas...”, cit. p. 233 y por GONZÁLEZ SORIA en *La intervención judicial...*, cit. p. 15.

1022 Son palabras que, por razón de su manifiesta expresividad, transcribimos directamente de MARÍN GÁMEZ, J. A. “Aproximación a la problemática...”, cit. p. 255.

6. ESPECIALIZACIÓN, COMPETENCIA Y OTRAS CUESTIONES.

Finalmente, no falta tampoco quien interprete que algunas de las importantes virtudes que el arbitraje tiene frente al proceso judicial son inherentes a la propia figura del árbitro. Dicho de otro modo, ciertas ventajas propias del arbitraje derivarían de las cualidades que convencional y legalmente se exigen para que una persona pueda dirimir la controversia que se somete al mismo.

En conexión con este tema, el art. 15.1 LA dispone que “en los arbitrajes internos que no deben decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario”. Esto quiere decir que en los procesos arbitrales domésticos que se decidan con arreglo a Derecho, el árbitro deberá ser un abogado colegiado como ejerciente, salvo que las partes pacten expresamente lo contrario. La exigencia de este requisito subjetivo ha sido vista como sinónimo de independencia, imparcialidad y correcto desempeño de las facultades decisorias del árbitro¹⁰²³.

La condición de abogado en ejercicio que debe reunir quien se encargue decidir un proceso arbitral entronca con el factor de competencia y especialización que caracterizan al mismo¹⁰²⁴. Los jueces ordinarios poseen una amplia y general formación jurídica que les habilita para conocer cualquier clase de disputa y resolverla adecuadamente, pero en ocasiones carecen de especialización en aquellos específicos temas que son objeto concreto del proceso¹⁰²⁵. A diferencia de ello, la libertad que tienen las partes para elegir árbitro y su frecuente condición de abogado en ejercicio, posibilitan que la controversia sea resuelta por expertos especialistas y profundos conocedores de los pormenores de las materias que se sometan a su decisión¹⁰²⁶. Al ser profesionales de reconocido prestigio en las áreas que les ocupan, garantizarían un conocimiento cualificado en los asuntos que deban dirimir. De este modo, el arbitraje se presenta como un instrumento capaz de ofrecer “soluciones técnicas a problemas complejos que los órganos jurisdiccionales muchas veces no pueden proporcionar o tienen dificultades para hacerlo, incluso cuando su resolución está apoyada en el dictamen de perito, técnico o experto en la materia”¹⁰²⁷.

Además de la mayor especialización, el hecho de que el árbitro sea un abogado en ejercicio podría comportar alguna ventaja más para el arbitraje como método extrajudicial de arreglo de diferencias. Por una parte, permite que el conflicto sea dirimido por personas que poseen un mayor contacto con los tejidos profesionales, empresariales, económicos y sociales, lo cual facilita nuevos y más abundantes elementos de juicio que ayudan a tomar una decisión lo más adecuada y correcta posible. Por otra parte, la condición de abogado en ejercicio convierte al árbitro en un juzgador más próximo, accesible y disponible para las partes, lo cual puede ser positivo en orden a asegurar la inmediatez del procedimiento¹⁰²⁸.

1023 Vid. SERRANO GÓMEZ, E. “Comentario al art. 15 LA”, en AA.VV. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. V. Guilarte (dir.). Ed. Lex Nova. Valladolid 2004, p. 271. Según relata OGÁYAR (*El contrato de compromiso...*, cit. p. 4) para un letrado la designación como árbitro supone “un reconocimiento de que el mismo reúne las excelsas cualidades que deben concurrir en el árbitro, cuales son: nobleza y caballerosidad (pues sin ellas es muy fácil desbaratar el laudo, incluso antes de que se dicte), independencia (que les libre de las exigencias de las partes) e imparcialidad (que les inmune de las asechanzas puestas en juego para truncarla).

1024 BELLO JANEIRO, D. “El futuro del arbitraje en España”, cit. p. 842.

1025 Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *Tratado del arbitraje comercial...*, cit. p. 53. En torno a este extremo OGÁYAR (*El contrato de compromiso...*, cit. p. 68) entiende que “tampoco el Juez español es un especialista, ni puede serlo, en determinada disciplina jurídica, porque con ello padecería la visión conjunta del Derecho, que es, a la vez, uno y vario. Si fuese especialista, se mermaría su capacidad genérica, al igual que se merma la del obrero dedicado a hacer durante toda su vida una determinada pieza de una máquina”.

1026 SANDERS, P. *Quo vadis arbitration?*, cit. p. 3. HINOJOSA SEGOVIA, R. “Arbitraje nacional...”, cit. p. 360. MULLERAT, R. “El arbitraje de consumo...”, cit. p. 1720. GONZÁLEZ SORIA, J. *La intervención judicial...*, cit. p. 15.

1027 Así lo indica CORDÓN MORENO, F. *El arbitraje de Derecho Privado*, cit. pp. 19 y 20. En idéntico sentido puede verse también VALBUENA GONZÁLEZ, F. “La intervención de los juzgados de lo mercantil...”, cit. p. 8, en concreto nota 7.

1028 CABELLO ASTOLFI, J. L. “Los laudos salomónicos...”, cit. p. 21.

EL ARBITRAJE DE IUS GENTIUM: LA DEUDA HISTÓRICA DEL ARBITRAJE MODERNO

Antonio Fernández de Buján

Catedrático de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1) PRIMERAS MANIFESTACIONES DE ARBITRAJE: MERCADO INTERNO Y TRÁFICO INTERNACIONAL. CLÁUSULAS ESPECÍFICAS EN LOS TRATADOS Y LÉXICO ARBITRAL. 2) EL ARBITRAJE DE IUS GENTIUM: EL PAPEL DE LA BUENA FE, BONA FIDES, Y DE LA EQUIDAD, AEQUITAS. 3) NATURALEZA CONTRACTUAL DEL ARBITRAJE

1) PRIMERAS MANIFESTACIONES DE ARBITRAJE: MERCADO INTERNO Y TRÁFICO INTERNACIONAL. CLÁUSULAS ESPECÍFICAS EN LOS TRATADOS Y LÉXICO ARBITRAL.

El arte y la técnica del arbitraje, conocida y practicada en el ámbito del comercio internacional desde los primeros tiempos de los que tenemos noticia, se practicaría ya en los mercados de la Roma de los primeros tiempos, en los que los árbitros, que serían a la vez garantes y peritos, actuarían dirimiendo los conflictos que se planteaban en el tráfico mercantil. En este sentido, cabe señalar que el término latino *arbiter*, de donde procede *árbitro* y *arbitraje*, derivaría de la lengua fenicia y haría referencia a garantía, conforme a la raíz de origen fenicio *rbn*, a través de la cual, se habría introducido, por el cauce de las relaciones comerciales, en la lengua latina.

El arbitraje habría pues cumplido en los primeros siglos de Roma, conforme a las referencias contenidas en textos jurídicos y literarios, un importante papel, al igual que sucedía en otras comunidades políticas, no sólo como complemento o alternativa a la jurisdicción, sino como origen de la revolución de controversias, más allá de la autodefensa o autoayuda, por parte de un tercero imparcial y elegido de común acuerdo por las partes interesadas.

La más antigua organización conocida de las relaciones de Roma con ciudades vecinas y pertenecientes a su mismo ámbito cultural y lingüístico, habría sido la federación denominada Liga Latina, se remonta a época monárquica y se habría renovado en la República, mediante un Tratado en el que

se contienen cláusulas reguladoras de los litigios surgidos entre miembros de las distintas comunidades, que se producirían especialmente en el marco de las relaciones comerciales, y en las que se hace referencia al nombramiento de árbitros para la solución de éstos conflictos.

Cabe, en definitiva, subrayar, que en los primeros tiempos de la comunidad política romana, con anterioridad a la organización de la administración de la justicia y de la atribución de competencias a magistrados y jueces, la decisión de las controversias entre los particulares se atribuía a uno o varios árbitros, elegidos de común acuerdo por los interesados en solucionar sus conflictos.

El mantenimiento del arbitraje, como técnica de resolución de conflictos, en siglos posteriores, en los que se conoce la fórmula del proceso ordinario, de impronta estatal, se explica por razones de rapidez, economía, sencillez en la tramitación, especialización en muchos casos del arbitro, no obligatoriedad de la condena pecuniaria etc., frente a la lentitud y formalismo del proceso oficial, que en contrapartida presentaría evidentes ventajas en materia de seguridad jurídica y de efectividad en el cumplimiento de la sentencia.

En materia de léxico arbitral, en las fuentes romanas se hace referencia de forma usual, a las siguientes expresiones:

– *Arbitrium merum*: esta fórmula se suele identificar con el arbitraje compromisario.

– *Arbitrium boni viri*: hace referencia a la decisión de una persona recta y de confianza de las partes, con arreglo a criterios de equidad, sobre un aspecto específico y controvertido en materia contractual, familiar o sucesoria.

Pues bien se prevé que la decisión arbitral, en estos casos, puede recurrirse ante un magistrado si se demuestra mala fe, error manifiesto o grave injusticia, lo que contrasta con los supuestos de laudo arbitral en el arbitraje compromisario, en los que sólo cabe recurso ante el magistrado en los casos de mala fé del *árbitro*, a través de la fórmula de la *excepción de dolo*.

– *Arbitrium arbitri*: hace referencia al criterio del árbitro, sobre la cuestión encomendada a su decisión por las partes. Así por ejemplo se alude al criterio arbitral en D. 4.8.44 cuando se afirma, en un supuesto de controversia sobre los límites de unas fincas, que si no se obedeció al arbitro en aquello que hubiese arbitrado en presencia de ambas partes, se incurre en la pena prevista en la estipulación.

– *Arbitrium o compromissum plenum*: alude al arbitraje válidamente constituido sobre una o varias causas.

– Del sustantivo *arbiter* derivan asimismo otros numerosos términos y expresiones jurídicas como: *actiones arbitrariae*, *arbitrium tutelae*, *actiones arbitrariae*, *interdictum per formulam arbitrariam*, *arbitrium de restituendo*, *arbitrium honorarium*, etc.

2) EL ARBITRAJE DE IUS GENTIUM: EL PAPEL DE LA BUENA FE, BONA FIDES Y DE LA EQUIDAD, AEQUITAS

Con anterioridad al arbitraje internacional o de *ius gentium*, habría sido frecuente en la comunidad política romana un tipo de arbitraje no formal, que consistiría en un mero pacto, por medio de la cual los interesados acordaban, de forma extrajudicial, atribuir a una o a varias personas de confianza común, la decisión de su controversia. No obstante el disfavor pretorio, legal y jurisprudencial en los primeros siglos del Derecho romano, respecto de este tipo arbitraje, se trataba de un pacto lícito, realizado en el ámbito del mercado interno, especialmente difundido entre los hombres de negocios, que se movería en el campo, por otra parte relevante, de la *fides* y de la moral ciudadana.

El tipo de arbitraje no formal, característico de los primeros tiempos, acaba diluyéndose en el que se conoce de forma convencional como arbitraje de *ius gentium* que fue reconocido, sancionado y protegido en el marco de la jurisdicción pretoria, en un primer momento, para acabar siendo conside-

rado, en determinados supuestos, como una institución del derecho civil. El arbitraje del *ius gentium* era pues el correspondiente a la resolución de conflictos surgidos en la interpretación o aplicación de los pactos contraídos entre extranjeros y ciudadanos extranjeros entre sí, no previstos por el *ius civile*, pero sí reconocidos por el *ius pretorium*, a través de la vía de los mecanismos procesales de la denegación, *denegatio actionis* y la excepción, *exceptio actionis*

El marco del debate doctrinal surgido en torno a cuál sea el origen y la naturaleza jurídica de los arbitrajes de buena fe, surgidos en una primera época en el marco del comercio con extranjeros y del convenio internacional, así como de los juicios de buena fe que se conformaron en un momento posterior, las divergencias de opinión oscilan entre las de aquellos autores que ponen el acento en la *fides* primitiva o las costumbres de los antepasados, *mores maiorum*, a las de aquellos otros que lo hacen descansar en la jurisdicción de los pretores, la labor de la jurisprudencia, las *leges* o el *ius*. Se trata, en todo caso, de un problema complejo, como todos los de génesis agravado, en el supuesto que nos ocupa, por la inexistencia de fuentes concluyentes.

Los contrapuestos puntos de vista, no han logrado, no obstante, a mi juicio, arrumbar los postulados básicos de la teoría tradicional y mayoritaria en la doctrina, conforme a la cual de los arbitrajes, *arbitria*, nacidos en el ámbito de la protección otorgada por los pretores, a las prácticas e instituciones propias del tráfico comercial y del *ius gentium*, con fundamento no en el *ius* ni en las *leges*, sino en la *fides*, matizada en la nueva expresión de *bona fides* se habría pasado a su incorporación al *ius civile* como *bonae fidei*. Sería conveniente, sin embargo, deslindar entre aquellos juicios de buena fe correspondientes a figuras jurídicas propias de la comunidad política romana, como la *fiducia* o la tutela, en las que el *ius*, los *mores maiorum* o la labor creadora de la jurisprudencia, habrían cumplido un significado papel, y aquellas otras instituciones propias del tráfico comercial interno o internacional, terrestre o marítimo, como la compraventa, *emptio-venditio*, consensual que es el *negotium ex fide bona contractu*, por excelencia, o con carácter general las denominadas *obligationes consensu contractae* en época clásica, que se habrían configurado en sus orígenes como negocios *iuris gentium*, sancionados en el seno del tribunal del pretor peregrino. A procurar el desarrollo de algunos de estos puntos de vista, van destinadas las páginas que siguen.

A grandes rasgos, las etapas correspondientes a la evolución habida desde los pactos realizados en el marco del tráfico comercial a los contratos consensuales serían las siguientes:

1.– Pactos convenciones, acuerdos, etc., realizados en el marco del mercado interno libres de formalidades, y protegidos por la *fides* primitiva.

2.– Pactos, convenciones, acuerdos, etc., realizados en el marco del tráfico internacional y del *ius gentium*, libres de formalidades, y protegidos por una *fides*, ya evolucionada.

3.– Pactos convenidos, *pacta conventa* protegidos por el edicto pretorio, en la medida en que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico, a través de los mecanismos procesales de la *exceptio* y la *denegatio actionis*, y que darían lugar en caso de discrepancias entre los intervinientes, al nombramiento de árbitros por los pretores, *arbitria bonae fidei*, que darían su parecer, *aestimatio o arbitrium*, con arreglo a criterios de *aequitas* y *bona fides*.

4.– Trasvase de los pactos convenidos, *pacta-conventa* reconocidos y protegidos por los pretores peregrinos en su edicto, al edicto de los pretores urbanos y de éste al ámbito del *ius civile* como negocios *iuris gentium* de buena fe, respecto de los cuales se dirimirían las discrepancias que surgieran mediante *iudicia bonae fidei*.

5.– Transformación de los negocios consensuales de buena fe y del *ius gentium* en la categoría de contratos consensuales (*obligationes consensu contractae*).

Avanzada la República, la intensificación del tráfico comercial, marítimo y terrestre, interno e intercomunitario, plantea la necesidad de protección por parte de los pretores de los acuerdos, pactos

o convenciones propias del *ius gentium*, en atención a una serie de factores entre los cuales cabría mencionar los siguientes:

a) El formalismo característico de los primitivos negocios típicos y orales, supone un lastre para las necesidades del tráfico comercial, que requiere por su propia naturaleza estar informado por los principios de agilidad, celeridad, libertad de formalidades, lealtad y buena fe en el trato, etc., lo que produce, como consecuencia, una contraposición entre libertad de negociación propia del *ius gentium*, equiparable en buena medida a la actual libertad de contratación, y la tipicidad contractual romana.

b) La inexistencia de fórmulas procesales que protejan la observancia y cumplimiento de las prácticas negociales o convenciones realizadas en el marco del *ius gentium*.

Sobre el significado y origen del *commercium* (*cum merx*: con mercancías, negociación con mercancías) no hay suficiente acuerdo entre los romanistas. La tesis tradicional mantenida, entre otros autores, por Huvelín, de que el *commercium* provocó la aparición del *ius gentium*, siendo la primera manifestación de éste, en el sentido de derecho del mercado establecido en tratados internacionales (entre ciudades), ha sido discutida, entre otros, por Sautel, para el cual los tratados comerciales, salvo el caso de los celebrados con Cartago, no llevaban cláusulas comerciales. Sin embargo, a nuestro juicio, la tesis de Huvelin no resulta tan fácilmente rechazable como Sautel pretende, dado que la configuración de tribunales de *recuperatores*, y la antigua idea romana de la *reciperatio* son argumentos de mucho peso a favor de la probable existencia de una regulación de las reclamaciones surgidas en las relaciones con los extranjeros, y en especial comerciales.

Puede decirse, en definitiva, que la progresiva importancia de las relaciones comerciales entre Roma y los demás pueblos itálicos, así como con otras comunidades políticas, probablemente fue un factor decisivo en el origen y desarrollo de la jurisdicción *del magistrado competente*

Los pactos o convenciones propios del *ius gentium*, producirían entre los intervinientes una vinculación en cuanto al cumplimiento de lo acordado, basado en la *fides*, la ética comercial y las costumbres y usos propios del tráfico y por tanto no jurídica.

Por otra parte, a la amplísima extensión de la cláusula *ex fide bona* se refiere Quinto Mucio a fines de la República, cuando afirma en Cicerón, que tienen gran fuerza los juicios arbitrales (*ius arbitris*) a los que se añade la cláusula *ex fide bona*.

La consideración de la *bona fides* como un principio general de todo el Ordenamiento Jurídico no llega a producirse en Derecho Romano, pero sí tiene lugar, como ya hemos señalado una evolución expansiva en esta dirección, que se extiende más allá de los contratos consensuales, para incidir como elemento informador inherente e integrador de toda la materia contractual. Así, Javoleno habla de la buena fe en lo convenido. Trifonino de la buena fe en los contratos, Paulo nos dice que en todo contrato debe darse la buena fe, y en una Constitución de los Emperadores Diocleciano y Maximiliano del 290, se indica que debe ponderarse la buena fe en los contratos.

La *bona fides*, explica al decir de Bonfante, que Roma haya sido tan fecunda en la creación jurídica. Así, por ejemplo, la formulación de las diversas teorías de los actos de emulación en el medievo, el uso normal de los derechos de Ihering, la necesidad social de Bonfante, o el actual abuso del derecho (formalmente introducido en España por sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1944, de la que fue ponente Castán Tobeñas, y de ahí ha pasado al art. 7.1º del Código Civil, conforme a la reforma del Título Preliminar de 1974 han sido realizadas tomando como base (incluso terminológica) inmisión (*inmisio*); actos de emulación (*aemulatio*); mal uso o abuso de un derecho (*mala nostro iure uti non debemus*); buena fe, utilidad pública y equidad como criterios correctores de derechos (*bona fides, utilitas publica y aequitas*); intención de perjudicar (*animus nocendi*); excepciones o remedios frente a la actividad contraria a la buena fe o dolosa (*exceptio doli*) textos de la compilación justiniana.

La expansión de la buena fe no se ha interrumpido hasta la actualidad, y hoy la buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento, informan la labor interpretativa y contribuyen como decisivo instrumento de integración. La buena fe, como observa Díez-Picazo, implica el comportamiento leal en la formación y en el desarrollo de las relaciones jurídicas, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones, y podemos hablar de buena fe, señala José María Miquel, como parte de los supuestos de hecho de las normas y de buena fe como criterio valorativo que contribuirá a construir normas nuevas e incluso alterar de algún modo las existentes..

Podríamos decir, en consecuencia, que ya en el Derecho Romano, la progresiva incorporación al Ordenamiento de conceptos como *bona fides*, *boni mores*, *aequitas*, *fraus*, *dolus malus*, etc., supuso una ampliación de la discrecionalidad judicial y jurisprudencial, por la vía de interpretación, con toda la carga de creación que tiene en sí misma toda *interpretatio*, frente al legalismo formalista y su vertiente empobrecedora y asfixiante.

La *bona fides* romana propia del *ius gentium*, que nace como modelo, arquetipo de conducta social, categoría de la moral social y exigencia personal de ética jurídica, acaba constituyéndose en el derecho actual como un concepto jurídico indeterminado y principio general informador de todo el Ordenamiento Jurídico, por lo que la actividad del pretor romano por diversos caminos, se convierte en definitiva en el modelo de la jurisprudencia europea sobre la buena fe.

A la constante tensión que ha existido en todas las etapas históricas, en relación con la interpretación y aplicación de la ley, se refiere Wieacker, cuando afirma en su conocido estudio sobre la buena fe que si se suprimiese la tensión entre el *ius strictum* y el judicial *ius aequum* existente en todas las grandes culturas jurídicas (*ius civile* y el derecho pretorio, Common Law y Equity), se llegaría a una terrible simplificación de la equidad tan débil como totalitaria, que caracterizó al Derecho bizantino y también a un pasado no muy lejano.

3) NATURALEZA CONTRACTUAL DEL ARBITRAJE

El carácter contractual del arbitraje se manifiesta, de forma especial, en el denominado arbitraje compromisario, que consiste en un acuerdo, entre dos o más personas entre las que existe una controversia, consistente en presentarse ante uno o varios árbitros, elegidos por las partes o designados por el pretor, así como en colaborar en la instrucción del arbitraje conforme al criterio arbitral y en cumplir lo decidido por el árbitro. Los términos del acuerdo compromiso tenían la naturaleza de pacto, que habría tenido en principio la protección propia de cualquier pacto no contrario a la ley.

Técnicamente, el convenio mediante el cual dos o más personas acuerdan someter un conflicto a arbitraje se llama *compromissum*. El reconocimiento jurídico del pacto compromisario de arbitraje no se produce, no obstante, de forma directa, quizás en evitación de la competencia que suponía para el procedimiento ordinario oficial, el hecho de que las controversias pudiesen resolverse a través de la intermediación de un tercero que actuaría como árbitro al margen del poder establecido, si bien el carácter arbitral, en buena medida, del proceso formulario, en el que las partes eligen o intervienen de manera decisiva, en la designación del juez, habría producido como consecuencia una menor necesidad de la institución arbitral.

Si bien lo normal sería el acuerdo de las partes relativo a la elección de árbitro cabría, al igual que sucede en el derecho actual, una formalización judicial del arbitraje bien a petición de las partes o bien ante la imposibilidad de acuerdo de las mismas sobre la designación de árbitros.

Las estipulaciones que se añaden al pacto de compromiso tienen un carácter accesorio respecto de éste, de modo que si el pacto resulta ineficaz bien sea por falta de capacidad de las partes o del árbitro, la estipulación deviene ineficaz.

El pacto de compromiso puede tener por objeto cualquier cuestión litigiosa de las consideradas de libre disposición de las partes, de modo que su ámbito de aplicación no se limitaba a los asuntos de Derecho Privado. Excepcionalmente, no podían ser objeto de arbitraje, conforme se establece en D. 4.8.6 y 7: los delitos cuya condena supone infamia, los asuntos sobre los que exista una acción pública, por ejemplo un asesinato, las cuestiones relativas a la libertad de una persona y los supuestos perseguibles mediante acciones populares.

Los asuntos más comunes que las partes someten a arbitraje eran, conforme a las noticias de las fuentes, los relativos a propiedad, tutela, posesión, elecciones, préstamos, linderos entre fincas etc.

Señala Labeon, D. 8,3,pr. 1, el pretor no puede obligar a nadie a asumir la función de árbitro, porque ello es libre e independiente, sin embargo, si alguien acepta desempeñar el arbitraje, el asunto queda sometido a su cuidado y solicitud, y debe dictar sentencia. En un texto de Paulo, contenido en D. 4.8.32.14 in fine, se afirma, por otra parte, que el emperador Antonio Caracala, ante la consulta de un juez en un caso de arbitraje compromisario, respondió por rescripto que aun cuando no puede apelarse contra la sentencia de un árbitro, cabe en determinados casos oponer a la sentencia arbitral la excepción de dolo malo, por lo que por medio de esta excepción hay una cierta especie de apelación, por la que resulta lícito revocar la sentencia de un árbitro.

A partir de la época clásica se produce una progresiva reglamentación del arbitraje, que lo aproxima en materia de garantías al proceso ordinario, y entre los que cabe destacar las siguientes:

a) la ley prohíbe que quien es juez asuma el arbitraje de una negociación, respecto del que esta conociendo como juez; D. 4.8.9.2

b) excepcionalmente, cabe que el pretor prorrogue al árbitro el plazo para dictar sentencia (D.4...8.12). Asimismo se establece que si el árbitro jura que aún no está bastante clara la causa para él, se le da tiempo para sentenciar (D. 4.8.13.4). Si el compromiso se hizo sin señalar plazo para dictar sentencia, es absolutamente necesario que el árbitro fije un plazo con el consentimiento de las partes (D. 4.8.14).

c) se establece una serie de causas conforme a las cuales el árbitro puede excusarse de cumplir su función: si hubiese sido difamado por los litigantes, si hubiese enemistad grave entre él y los litigantes, por razón de edad, enfermedad sobrevenida, desempeño de cargo público etc. (D. 4.8.15).

d) se recomienda que el número de árbitros sea impar, dado que aunque disientan, será más fácil obtener una mayoría. Si son dos los árbitros elegidos, y no se ponen de acuerdo, el pretor los obligará a elegir un tercero determinado, cuya autoridad se acate (D.4.8.17,6-7).

e) el árbitro puede corregir los errores en que incurra antes de dictar sentencia, pero no después de haberla dictado, (D. 4.8.20).

f) en los casos previstos, el árbitro puede prorrogar el plazo para dictar sentencia de palabra, por mensajero o por carta (D.4.8.27).

g) la sentencia dictada sin estar presentes los litigantes no será válida, a no ser que en el compromiso se haya establecido expresamente que la sentencia sería válida aunque uno o dos de los compromisarios estuvieran ausentes (D. 4.8.27.5). Si alguno de los compromisarios presentes impide que el árbitro dicte sentencia, incurre en la pena prevista (D. 4.8.27.7).

h) si alguno de los que hubiere sometido un asunto a compromiso, lo plantease ante el juez, podrá hacerlo, pero incurrirá en la pena prevista en la estipulación (D.4.8.30).

i) cuando un árbitro resulta ser enemigo de uno de los litigantes y es interpelado con prueba para que no dicte sentencia, si no obstante hubiese persistido en dictar sentencia, el emperador Antonio Caracala estableció *pro rescripto* que si bien no resulta lícito apelar la decisión de un árbitro, sí cabe por parte de la persona lesionada por la actuación arbitral, oponer la excepción de dolo malo frente a la reclamación de la pena (D. 4.8.32.15)

j) La resolución del árbitro debe limitarse al objeto de la controversia prevista en el compromiso: a ningún árbitro le es lícito, se establece en D. 4.8.32.16, ir más allá de lo previsto en el convenio de compromiso. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde éste alcance.

k) El árbitro elegido por compromiso con facultad para prorrogar el plazo, puede ciertamente hacerlo, pero no puede anticiparlo contra la voluntad de los litigantes (D. 4.8.33).

l) El árbitro, apremiado por el pretor, puede dictar sentencia en día inhábil, en cuyo caso no cabe excepción frente a la decisión arbitral (D. 4.8.36).

m) El arbitraje conferido en los compromisos es personalísimo (D. 4.8.45).

n) Cabe un compromiso de arbitraje sobre todos los asuntos pendientes entre varias personas, pero no sobre asuntos futuros (D. 4.8.46).

o) No cabe el arbitraje sobre un asunto propio (D. 4.9.51).

p) El laudo arbitral no produce efecto de cosa juzgada, ni tiene por sí carácter ejecutivo, salvo en un periodo de tiempo de nueve años, comprendido entre el 529, Constitución de Justiniano C.J. 2.55.3 y la fecha de promulgación de la Novela 82.11, y para aquellos supuestos en los que las partes hubieran elegido el árbitro bajo juramento y éste se hubiese comprometido también bajo juramento a dictar una sentencia justa. Señala A. Valiño que el carácter ejecutivo de la sentencia arbitral es derogado por el propio Justiniano, en la Novela 82,11, que parece eliminar implícitamente las acciones que serían para dotar de eficacia al juramento, como consecuencia del peligro generalizado de perjurio ante el relajamiento de la moralidad en su tiempo, lo que supone la vuelta al régimen clásico conforme al cual los comprometidos deben atender la sentencia arbitral o quedar, por el contrario, expuestos al pago de la pena derivada de la estipulación.

q) A partir del siglo IV se generalizan los arbitrajes confesionales en los que intervienen obispos o patriarcas. La institución correspondiente recibe el nombre de *Episcopalis Audientia*.

NOTAS SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL ANTE LA LEY 60/2003, 23 DE DICIEMBRE.

José Seoane Iglesias

Académico Numerario

Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

I Consideraciones generales.

El arbitraje, sea interno o internacional, se presenta como una institución alternativa a la vía judicial que busca resolver un conflicto de intereses entre partes, las cuales se someten previamente a uno o varios árbitros cuya decisión, laudo, puede emitirse con arreglo a normas jurídicas (arbitraje de derecho) o atendiendo al leal saber y entender del decisor o decisores (arbitraje de equidad).

Distinción, ésta, recogida en nuestra vigente Ley de Arbitraje 60/2003¹⁰²⁹, que se promulga al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia, entre otras, de legislación mercantil, procesal y civil (cfr. art. 149. 1. 6ª y 8ª de la Constitución Española), excluyendo de su ámbito de aplicación los arbitrajes laborales (art. 1.4 LA 60/2003), y que es de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes (art. 1.2 LA 60/2003 y Disposición adicional única), entre otros, a los arbitrajes de consumo, al que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios y los arts. 57 y 58 del RD Legislativo para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; de Ordenación y supervisión de seguros privados, según Ley 30/1995, de 8 de noviembre,

1029 Como indica GARCÍA-PITA Y LASTRES, "... el art. 34, nº.1, LA/2003 (es) disposición que ya no contiene una expresión descriptiva de lo que sea decidir <en equidad>, comparable a la frase <según su leal saber y entender>, que contenía el derogado art. 4º LA/88. Según la jurisprudencia de nuestro TS, las sentencias que han de enjuiciar el fundamento de los arbitrajes de equidad "no proclaman en forma alguna que los árbitros de equidad deben desconocer o contravenir las normas de derecho positivo, sino que vienen a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de Derecho de forma rigurosa, como corresponde al concepto tradicional de equidad superador y complementador del concepto tradicional de ley... (STS de 30.05.1987)...". Vid. "Arbitraje y Derecho Marítimo (Con especial referencia a la práctica de los formularios y a la Reforma del Derecho Mercantil Español)"; Revista Jurídica foro galego, VII época, 2º semestre 2006 y 1º de 2007, Números 196 y 197, pp. 97 y 98. Edita: Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña. La decisión de equidad, según el art. 34.1 del mencionado Texto legal, solamente tiene lugar si las partes han autorizado expresamente a los árbitros para ello, prescribiendo el apartado 2 del mismo artículo 34 que, "cuando el arbitraje sea internacional, – y "sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior – los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas elegidas por las partes (...).

de Ordenación de los transportes terrestres, como previenen la Ley 16/1987, de 30 de julio y su Reglamento, aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre; a la propiedad intelectual, en expresión del RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido la Ley de PI, que será modificada por Ley 23/2006, de 7 de julio; y en materia de arrendamientos Urbanos, según la Disposición adicional séptima de la ley 29/1994, de 24 de Noviembre.

Sin perjuicio, además, de la facultad que a las partes atribuye el artículo 14 del citado Texto legal, ya que éstas “podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a las Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales ... y a las Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales ... (...)”. Es el llamado arbitraje institucional, que goza de verdadero predicamento en el ámbito del arbitraje internacional.

La finalidad de solucionar las controversias, y para el arbitraje interno, queda patentizada en el FJ 3 de la Sentencia nº. 174/1995 del Tribunal Constitucional (Pleno), de 23 de noviembre, al configurarlo como “un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes (que) supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros ... y se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos beneficios que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada) [SSTC 15/1989, RTC 1989/15, FJ 9º, y 62/1991, RTC 1991/2, FJ 5º].

Conviene recordar, con OTERO LASTRES¹⁰³⁰, que esa conceptualización no debe impedir el reconocimiento de que los árbitros no son órganos del Estado y que, de ahí, se deriven, al menos, dos importantes consecuencias: la primera es que “el laudo arbitral”, en cuanto tal, tiene cerrado el acceso directo al recurso de amparo para dilucidar si el tribunal arbitral vulneró los derechos fundamentales

El Tribunal Constitucional solamente podría revisar en amparo las eventuales vulneraciones que se hubieran realizado en el recurso jurisdiccional de anulación del laudo, (y) la segunda consecuencia es que “los tribunales arbitrales carecen de legitimación para plantear directamente cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, lo cual compete en exclusiva a Jueces y Tribunales”.

El arbitraje tendrá carácter internacional (cfr. artículo 3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre) cuando en él concurra alguna de las circunstancias – señaladas más adelante – que menciona el precepto citado, disponiendo su artículo 1.1, que sigue el llamado sistema monista, aunque con excepciones derivadas de la internacionalidad, que la Ley 60/2003 “se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje”, y “... aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España – dice el apartado 2 del mismo artículo 1– también “se aplicarán las normas contenidas en los apartados 3,4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta Ley”. Texto legal, el 60/2003, de 23 de diciembre, que “será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes”, según dispone el apartado 3 del repetido artículo 1”.

El legislador patrio justifica ese tratamiento unitario del arbitraje en la forma que refleja la Exposición de Motivos del texto legal, fuente o criterio de interpretación auténtica:

“... en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, esta Ley opta claramente por una regulación unitaria de ambos. Dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje mismo) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los

1030 OTERO LASTRES, J.M. *El Derecho fundamental a la tutela “arbitral” efectiva*. Rev. Abogados/Febrero 2007, pp. 52 a 55.

mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la Ley sigue el sistema monista. Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta Ley parte de la base – corroborada por la tendencia actual en la materia – de que una buena regulación del arbitraje internacional, ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo¹⁰³¹, dado que se gesta en el seno de la (citada) CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta Ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general”.

Empero, esa justificación del legislador no deja de ser controvertida: CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN¹⁰³², en la doctrina patria, entienden que la nueva Ley, “con resuelto contraste en este punto, con la ley anterior, reconoce y define el arbitraje internacional y le aplica reglas distintas, pese a su proclama de unificación en un solo cuerpo de preceptos y superación del esquema dualista tradicional como manifiesta la Exposición de Motivos. Bien es cierto, no obstante, que las citadas normas son las menos, pero ello no basta para eliminar el carácter específico del arbitraje internacional ... Con todo, resulta conveniente – dicen – dejar por sentado que una postura radical sobre el mantenimiento de un dualismo a ultranza entre el arbitraje interno y el internacional, sería tan inconsecuente como la pretensión de borrar las diferencias entre unos y otros (...)”.

Sin embargo, y por lo que respecta al arbitraje español, una voz crítica, tanto en su aceptación y funcionamiento, como en su relación con la institución de la mediación, la del presidente de la Corte Española de Arbitraje, B. CREMADES manifestaba recientemente en una rueda de prensa “que el arbitraje en España no despega por la falta de seguridad jurídica ... “Existe un problema de confianza respecto a las cortes españolas de arbitraje y una falta de unificación de doctrina de los jueces de instrucción que controlan el cumplimiento de los laudos, así como un conflicto de competencia entre la jurisdicción mercantil y civil”. Según los datos de las Cámaras de Comercio españolas, desde la aprobación de la Ley de Arbitraje en 2003 hasta 2007, los datos más relevantes son las 950 mediaciones alcanzadas en 2005 frente a los 615 arbitrajes de ese mismo año... Durante 2007, solo 10 partes implicadas en un arbitraje internacional eligieron España como sede de resolución del conflicto, mientras que la Cámara de Comercio internacional no eligió en ninguno de los casos a España como sede, lo que significa que <no se fía de la seguridad de las cortes jurídicas españolas>...”¹⁰³³

Fernández Armesto recordaría en 2004¹⁰³⁴ que España no se designa como sede para arbitrajes internacionales, los juristas españoles tienen poca presencia en el arbitraje internacional, a pesar de que las empresas españolas hacen uso intensivo del instrumento”, siquiera admita, a modo de conclusión, que “no existe razón alguna para que, en pocos años, España – calificada de “tierra de misión” – pase a ser la tierra prometida del arbitraje internacional”.

II Determinación del carácter internacional del Arbitraje.

Esta determinación, como expresamente lo indica la mencionada *Exposición de Motivos de la Ley 60/2003*, “resulta relevante para la aplicación de aquellos artículos que contienen reglas espe-

1031 En referencia a la elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, “teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional”.

1032 CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHÁN, J.F. *Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje*, en “Diario La Ley nº.5945, Año XXV, Feb. 2004, refª D-26”, pág. 1733.

1033 CREMADES, B. Opinión escogida en la Base de Datos WestlawEs. Thomson Aranzadi, el 16 de febrero de 2010.

1034 FERNÁNDEZ ARMESTO, J. En Ponencia presentada al “II Encuentro especializado sobre Arbitraje”, dentro de “El papel del arbitraje en la nueva Ley”, organizado por “Recoletos”.

ciales para los arbitrajes internacionales que se desarrollen en nuestro territorio. Así se establece por primera vez en nuestro ordenamiento en qué casos un arbitraje es internacional; lo que – concluye – debe facilitar la interpretación y aplicación de esta Ley (...). Al hablar del arbitraje internacional no debe olvidarse que la actual Ley 60/2003 se aplica, por igual, y conforme preceptúa el art. 1.1, “a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en Leyes que contengan disposiciones especiales sobre el arbitraje”.

En cuanto a “los tratados internacionales válidamente celebrados”, ha de significarse, conforme dispone el art. 96. 1 de la Constitución que, “una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Las normas jurídicas contenidas en ellos “no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”, cual preconiza el art. 1º.5 del Código Civil.

Determinadas y especificadas normas de la misma Ley – las contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8 [adopción judicial de medidas cautelares, ejecución forzosa del laudo, y el señalamiento de la competencia de la Audiencia Provincial para conocer de la acción de nulidad del laudo¹⁰³⁵]; el art. 9, excepto el apartado 2, [sobre forma y contenido del convenio arbitral] los arts. 11 [obligatoriedad del convenio arbitral que impide a los Tribunales conocer de las controversias debatidas y siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria] y 23 [potestad de los árbitros para la adopción de medidas cautelares] –, “se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España” (cfr. art. 1. 2 Ley 60/2003). Mas, conforme señala GARCÍA-PITA y LASTRES¹⁰³⁶, “los arbitrajes que tengan lugar fuera de España ..., no son arbitrajes internacionales, sino arbitrajes extranjeros”.

“Se entiende por laudo extranjero (cfr. art. 46.1 L 60/2003) el pronunciado fuera del territorio español”, y el exequátur de los mismos “se regirá (cfr. art. 46.2 L 60/2003) por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros”.

Para el “exequátur de laudos extranjeros – dice el art. 8.6 L 60/2003, de Arbitraje – será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuye la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros”. Si atendemos al art. 85. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 8/1985, de 1 de julio, modificado por LO 19/2003, de 23 de diciembre, “los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y *arbitrales extranjeras*, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal”. De modo más explícito, el actual y vigente art. 955, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que el art. 1º. 11 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de

1035 La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (artículo decimotercero, Dos), modifica el apartado 1 del artículo 42 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que queda redactado así: “1. La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal. No obstante, la demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acompañada de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese al actor. El Secretario judicial dará traslado de la demanda al demandado, para que conteste en el plazo de 20 días. En la contestación deberá el demandado proponer los medios de prueba de que intente valerse. Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, el Secretario judicial citará a las partes a la vista, en la que el actor podrá proponer la práctica de prueba en relación con lo alegado por el demandado en su contestación”.

1036 GARCÍA-PITA y LASTRES, en *ob. cit.*, *Arbitraje y Derecho Marítimo*, pág. 114.

la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, ha añadido un párrafo, el segundo, prescribe que “Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos”. Téngase presente, además, que “con arreglo a los mismos criterios señalados en el párrafo anterior, corresponderá a los Juzgados de lo mercantil conocer de las solicitudes de reconocimientos y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras que versen sobre materias de su competencia”.

A diferencia del arbitraje interno – expone CORDÓN MORENO¹⁰³⁷ –, el internacional ha conocido un gran éxito, cuyas razones últimas hay que buscarlas en la verdadera necesidad que de él se tiene”, pues que – según significa el autor – “el comercio internacional exige seguridad y rapidez en las transacciones; ... se puede decir que en el ámbito internacional existe una mentalidad a favor del arbitraje como medio para la solución de los conflictos privados, sobre todo en el ámbito mercantil ...”.

Ya en el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo se esgrima que “el incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular en el área iberoamericana, y la inexistencia que la utilización de la técnica arbitral por empresarios y comerciantes de la citada área se efectúe, con referencia a instituciones de otro contexto cultural e idiomático, con el efecto negativo que ello representa para España y la pérdida que para nuestro país significa la ruptura de las vinculaciones con los citados países en materia de tan creciente interés común”. Para “subsana aquellos inconvenientes y favorecer el *arbitraje comercial internacional* en nuestro país como servicios a empresarios y comerciantes de cualquier nación, pero en particular iberoamericanos”, el citado RD habilitó al Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación para crear el oportuno servicio. El art. 1º dispuso que “El Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España podrá realizar arbitraje de derecho y de equidad a través de un Servicio de Arbitraje Comercial Internacional; y en el art. 2º se preceptuaba que este *arbitraje comercial internacional* se aplicará respecto de aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que hayan sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual, domicilio o sede social en diferentes Estados.

La determinación del carácter internacional del arbitraje – según recoge la Exposición de Motivos de la citada Ley 60/2003 – sigue sustancialmente los criterios de la Ley Modelo, siquiera y como dice el mencionado autor, “ni el concepto ni la naturaleza del arbitraje difieren por el hecho de que se le califique de internacional”, aunque el propio autor precise que esa determinación es importante a los efectos de fijar la normativa que es aplicable, en primer lugar, a los requisitos y eficacia de la cláusula arbitral y en segundo lugar, al régimen de reconocimiento y ejecución en España del futuro laudo que se dicte”. Advierte así que en el arbitraje internacional, si una de las partes fuera “un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, es parte – dice el art. 2.2 de la Ley 60/2003 – no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”; y que tanto el convenio arbitral como la controversia serán válidos y susceptibles de arbitraje, respectivamente, “si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”, según dispone el art. 9.6 de la citada Ley 60/2003.

1037 CORDÓN MORENO, F. En ob. cit., *Arbitraje de Derecho Privado* ... pp. 85 y ss..

En este tipo de arbitraje, con arreglo a lo prevenido en el art. 34.2 de la Ley 60/2003, “los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes – sin perjuicio de las decisiones que hayan tomado <en equidad>, cuando hayan sido autorizados para ello, cfr. al apartado 1 de este mismo artículo – y, de no indicarse, aplicarán <las que estimen apropiadas>. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta – art. 34.3, in

fine – los usos aplicables”. Es decir, superando el rígido criterio del art. 62 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, podrán acudir tanto a las normas legales como las de otro rango; en explícito alcance, a las consuetudinarias, e incluso a “las que estimen apropiadas” para resolver lo controvertido.

En específica concreción, el artículo 3.1 de la Ley 60/2003 dispone que “El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que, en el momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes. Criterio que, como vimos atrás, recoge el art. 2º del RD 1094/1981, de 22 de mayo por el que se crea en nuestra patria el Servicio de Arbitraje Comercial Internacional.

b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

El apartado 2 del precepto aclara que “a los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual”.

Anteriormente habíamos indicado que el ámbito de aplicación de la vigente Ley 60/2003, en la forma dispuesta por su artículo 1.1, lo es “sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte ...”, y así puede observarse, por ejemplo, que en el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958¹⁰³⁸, la internacionalidad del arbitraje puede dimanar de la aplicación de este Convenio “a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”, cual se recoge en el artículo I.1, *in fine*, y que supone, a la postre, otro criterio para determinar el carácter internacional del arbitraje.

Otra fuente importante, en este ámbito internacional, conforme pone de relieve el mencionado CORDÓN MORENO¹⁰³⁹, es el Convenio de Ginebra de 23

1038 Convenio que entró en vigor en España el 10 de agosto de 1977, de conformidad con lo establecido en su artículo XII, apartado 2, habiéndose depositado el instrumento de adhesión de España el 12 de mayo de 1977 (cfr. art. XVI. 2, párrafo segundo, del mencionado Convenio).

1039 CORDÓN MORENO, F., EN OB. CIT. “*El Arbitraje de Derecho Privado...*”, pp. 95 y 96. Vid., igualmente, CREMADES, BERNARDO M., *El convenio arbitral*, en Diario La Ley nº 5754, Año XXIV, Abr. 2003, refª D-80, pág. 1598.

CONSIDERACIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA Y LA IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

(CON UN COMENTARIO SOBRE LAS DIRECTRICES DE LA
IBA SOBRE CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL ARBITRAJE
INTERNACIONAL Y SU REFORMA)

Ramon Mullerat OBE¹⁰⁴⁰

*“Discourage litigation.
Persuade your neighbors to compromise whenever you can.
Point out to them how the nominal winner is often a real loser
-in fees, expenses and waste of time”.*
*As a peacemaker, the lawyer has a superior opportunity of being a good man
There will still be business enough.”*

*Abraham Lincoln*¹⁰⁴¹

1040 Ramon Mullerat OBE es abogado en Barcelona y Madrid, España; Avocat à la Cour de Paris, Francia; Miembro honorario de la Law Society of England and Wales; Miembro honorario del Bar of England and Wales; Ex profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona; Profesor adjunto de la John Marshall Law School, Chicago, EEUU; Profesor de los cursos en Barcelona de la Facultad de Río Piedras de la Universidad de Puerto Rico; Ex-miembro del Consejo Europeo de la Emory University, Atlanta, EEUU; Ex-presidente del Consejo de Colegios de Abogados de la Unión Europea (CCBE); Miembro del Center for Human Rights de la American Bar Association (ABA); Miembro de la Task Force on Attorney-Client Privilege de la ABA; Miembro del American Law Institute (ALI); Miembro de la American Bar Foundation (ABF); Presidente del European Advisory Council del International Senior Lawyers Project (ISLP); Miembro del Comité Ejecutivo del Instituto de Estudios Norteamericanos (IEN); Ex-copresidente del Human Rights Institute de la International Bar Association (IBA); Miembro de la Junta del Internet Bar Institute (EE.UU.); Ex miembro de la Corte de la London Court of International Arbitration (LCIA); Miembro del Observatorio de Justicia de Catalunya; Presidente de la Asociación para el Fomento del Arbitraje (AFA); Miembro de número y Secretario de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya; Ex-presidente del Consejo Editorial del European Lawyer; Miembro del Consejo Editorial del Iberian Lawyer; Director del Master Internacional del Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE); abogado KPMG Abogados.

1041 Abraham Lincoln, Notes for a lecture, 1 July 1850.

Primero. Introducción

“The arbitrator is the key to the arbitration process”

Thomas Stepanowich y Peter Kaskell¹⁰⁴²

“An arbitration is as good as the arbitrator”

Stephen Bond¹⁰⁴³

El propósito del presente análisis es ofrecer una visión general sobre la independencia y la imparcialidad de los árbitros en el arbitraje internacional, con un comentario al final a las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional 2004 y su proceso de revisión¹⁰⁴⁴.

Se ha repetido que un buen arbitraje depende de contar con un buen árbitro. La bondad de un procedimiento de arbitraje descansa, en gran parte, en las cualidades morales y profesionales del árbitro y en la confianza del público en el árbitro y en la institución del arbitraje¹⁰⁴⁵. Por esta razón, los árbitros están sujetos a estrictas obligaciones jurídicas y éticas¹⁰⁴⁶. La dignidad y la reputación del proceso arbitral depende de la estricta observancia de estas obligaciones.

Por otro lado, el arbitraje internacional es cada día más complejo y dominado por los abogados, lo que ha llevado a un incremento de cuestiones procesales, entre las que destacan las relativas a la aptitud, independencia e imparcialidad de los árbitros y a los conflictos de interés.

Segundo. Los deberes éticos de los árbitros¹⁰⁴⁷

“The reputation and acceptability of the arbitral process depends on the quality of the arbitrators”

A. Redfern and M. Hunter¹⁰⁴⁸

I. Los deberes éticos de los árbitros en general

Si un buen arbitraje depende de un buen árbitro, es lógico que se intente siempre escoger al árbitro que reúna determinadas características y sea capaz de asumir y cumplir una serie de deberes.

Los árbitros, tanto en la aceptación como en el desempeño de su cargo, están sujetos a deberes que les imponen las leyes, las reglas de las instituciones arbitrales cuando éstas intervienen y los códigos o reglas éticas, muchos de los cuales se superponen o solapan entre sí.

Emilio Cárdenas, Presidente de la IBA y David Rivkin, uno de los árbitros más reputados internacionalmente¹⁰⁴⁹, hacen una llamada a la ética y dicen que la creciente complejidad y tamaño de las disputas sometidas a arbitraje requiere un mayor número de árbitros internacionales inteligentes y

1042 Thomas Stepanowich y Peter Kaskell, *Commercial arbitration at its best*, 2001, p. 67.

1043 Stephen Bond, *Selection of ICC arbitrators and the requirements of independence*, 1988.

1044 Teniendo en cuenta la trascendencia de la materia en el arbitraje, los comentarios doctrinales y las decisiones judiciales en todas las legislaciones es vastísima, parte de la cual iremos citando a lo largo de este trabajo.

1045 David B. Lipsky y Ronald L. Seeber, “The appropriate resolution of corporate disputes”. A report on the growing use of ADR by US corporations”, Cornell PERC Institute of Conflict Resolution (1998), se refieren a una encuesta entre empresas líderes en los EE.UU. sobre sus experiencias y percepciones en relación con el arbitraje internacional. Los encuestados destacaron una falta de árbitros cualificados, la inexistencia de conductas ágiles y de procesos eficaces, laudos “de compromiso” y límites de los motivos de apelación, como obstáculos para el uso del arbitraje. La mitad de los encuestados reconocieron que la falta de confianza disuadía del arbitraje.

1046 Jan Paulsson, “Ethics, elitism, eligibility”, *Journal of International Arbitration*, 1987, B: “la percepción de legitimidad no puede ser mayor que el grado de confianza que los litigantes tienen en el nivel ético de los árbitros”.

1047 Ramon Mullerat, “Ethical rules for arbitrators”. Patrick Heneghan, “Arbitrator ethics: Developments”, *The European and Middle Easter Arbitration Review*, 2010.

1048 A Redfern y M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 1991, p. 217.

1049 Emilio Cárdenas y David Rivkin, “A growing challenge for ethics in international arbitration”.

expertos, y que el mayor número de partes involucradas en el arbitraje internacional procedentes de regiones sin larga historia en esta materia exige más atención en la conciencia y honestidad de los niveles y procedimientos en todas las fases del arbitraje –tanto en aspectos procesales como en la decisión final.

Teniendo en cuenta que a menudo los árbitros son abogados en ejercicio, existe el riesgo de que, al interpretar sus deberes éticos, tengan tendencia a indagar y aplicar los principios de la ética de la abogacía, sin percatarse de que el árbitro está más próximo del juez que del abogado. El árbitro, al igual que el juez, ha de ser independiente e imparcial, mientras que el abogado ha de ser ciertamente independiente, pero parcial (*ex parte*). El abogado que pretendiera ser imparcial, ocuparía el lugar del juez y sería un mal abogado¹⁰⁵⁰.

Como recuerda John Cooley¹⁰⁵¹, la función y ética del profesional en materia de ADR en general debe definirse en relación con la función judicial más que con la del abogado. La función del profesional de ADR se halla más cercana a la del juez que a la del abogado. En primer lugar, en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales (que consiste en la aplicación de la ley a los hechos), los jueces no ejercen propiamente el derecho, sino que administran justicia. En segundo lugar, abogados y no abogados sirven en la función judicial. De hecho, ser abogado no es ni siquiera un requisito para formar parte de algunos tribunales (por ejemplo, del Tribunal Supremo de los EE.UU.).

Además de regular la conducta del árbitro, las reglas éticas son especialmente relevantes, porque el arbitraje se basa en la confianza¹⁰⁵².

II. Los deberes éticos en particular

*“No actuamos rectamente porque tenemos una virtud o excelencia
Mas bien tenemos éstas porque hemos actuado rectamente”*

*Aristóteles*¹⁰⁵³

Los principales deberes éticos del árbitro son los siguientes:

a. Independencia e imparcialidad. Con mucho, este deber es el más importante y trascendente. Este trabajo va dedicado exclusivamente a su análisis.

b. Competencia y cualidades. El árbitro debe ser experto en el derecho de arbitraje y tener conocimientos del derecho aplicable a la disputa¹⁰⁵⁴. Generalmente no existen normas regulando las cualificaciones (nacionalidad, residencia o requisitos profesionales) del árbitro, aunque las partes pueden acordar que el mismo reúna determinadas cualificaciones.

c. Confidencialidad. Además del tiempo y del coste, la confidencialidad es una de las razones por la que las partes acuden al arbitraje. En principio, salvo acuerdo de las partes o disposiciones legales en contrario, el árbitro debe guardar confidencialmente el arbitraje, su contenido y su decisión¹⁰⁵⁵. No obstante, internacionalmente existe incertidumbre sobre la existencia y la amplitud de este deber¹⁰⁵⁶.

1050 Piero Calamandrei, “Elogio dei giudici scritto da un avvocato”, 1954, XXVIII, p. 122: “Imparziale deve essere il giudice, che é uno, al disopra del contendenti; ma gli avvocati sono fatti per essere parziali”.

1051 John Cooley: “Shifting paradigms: the unauthorized practice of law or the authorized practice of ADR”.

1052 Juan Eduardo Figueroa, “Ethics in international arbitration”.

1053 Aristóteles, 384-322 aC.

1054 El art. 2.2 de las Reglas de Ética en los arbitrajes internacionales de la International Bar Association establece que el árbitro sólo aceptará el nombramiento si está plenamente convencido de que es competente para decidir la materia en discusión y tiene el adecuado conocimiento de la lengua del arbitraje.

1055 Canon 4 del Código del Foro Nacional de Arbitraje.

1056 Morgan Lewis, “International commercial arbitration. Confidentiality: A practical check-list”, ICC United Kingdom member handbook, vol. II. El Tribunal Supremo de Suecia en el caso *Bulbank* 2000 dedició que, salvo acuerdo de las partes en contrario, las partes no estaban sujetas a la obligación de confidencialidad. Annete Magnusson y Patricia

d. Disponibilidad. El árbitro ha de tener el tiempo necesario para poder dedicarse a conducir el arbitraje y dictar el laudo en el plazo requerido^{1057 1058}. Recientemente, a partir de agosto de 2009, la CCI exige que las personas que deseen aceptar ser árbitros en casos de la CCI, además de declarar su independencia, como es tradicional, deben declarar acerca de su disponibilidad para dedicarse al procedimiento y de que podrán dedicar el tiempo y el esfuerzo necesario para ello (Declaración del árbitro CCI sobre aceptación, disponibilidad e independencia)^{1059 1060}.

e. Diligencia. Se ha dicho que la justicia tardía es peor que la injusticia¹⁰⁶¹. La rapidez en la solución del conflicto es quizá la principal ventaja que las partes buscan en el arbitraje¹⁰⁶². El árbitro debe desempeñar su cargo con la máxima diligencia dentro de los plazos convencionales o legalmente establecidos.

f. Integridad y justicia. El árbitro tiene el deber, no sólo frente a las partes, sino también frente a todos los que intervienen en el proceso (testigos, peritos) y frente a la institución arbitral de comportarse con toda integridad y justicia en el desarrollo del proceso y en la emisión del laudo.

g. Otros deberes. Existen otros deberes éticos en materia de comunicaciones con las partes, de la publicidad de los profesionales que se dedican al arbitraje, de la posibilidad y forma de involucrarse en una mediación o transacción, en materia de honorarios, etc.

Tercero. Independencia, imparcialidad y neutralidad

“Independence and impartiality underpin the entire arbitration process”

*Hong-Lin Ju y Laurence Shore*¹⁰⁶³

I. Características esenciales en toda función judicial

La independencia y la imparcialidad son características esenciales de toda función enjuiciadora.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (art. 10), el Convenio sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1) y la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 6) reconocen el derecho a un tribunal independiente e imparcial como un derecho humano.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10):

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Shenghressy, “The 2007 Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of commerce”, *Stockholm International Arbitration Review*, 2006, 3, p. 58.

1057 Muchos retrasos en los procedimientos arbitrales son debidos a la dificultad de conjugar las agendas de los tres árbitros y de las partes y sus asesores.

1058 Las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA 1987 aconsejan a los posibles árbitros que solamente acepten arbitrajes si pueden dar al procedimiento el tiempo y la atención que las partes pueden razonablemente esperar.

1059 “ICC takes a tougher stance on arbitrator availability”, ICC Press Release, agosto 2009.

1060 La CCI ha indicado también que si los árbitros no cumplen los plazos ello puede influir en la fijación de sus honorarios al final del arbitraje.

1061 Joseph L. Baron, *A treasury of juridic quotations*, 1956.

1062 En un seminario organizado por el Tribunal Arbitral de Barcelona hace unos años, en que los cinco ponentes no eran expertos en arbitraje sino directores de empresa, frecuentes usuarios del arbitraje, a la pregunta del moderador de por qué acudían al arbitraje, la respuesta fue unánime: “el tiempo”.

1063 Hong-Lin Ju y Laurence Shore, “Independence, impartiality and immunity of arbitrators – US and English perspectives”, *International & Comparative Law Quarterly*, octubre 2003.

La Resolución 1999/31 de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos establece que:

“... una organización judicial independiente e imparcial... es requisito esencial para la protección de los derechos humanos y para garantizar la no discriminación en la administración de justicia”.

Aunque en épocas anteriores pudo no haber sido exactamente igual¹⁰⁶⁴, hoy se reconoce que, como consecuencia de su función enjuiciadora, el deber principal del árbitro es el de ser independiente e imparcial respecto de las partes^{1065 1066}. La independencia y la imparcialidad del árbitro constituyen, pues, características esenciales del arbitraje.

Por ello, en todo arbitraje, nacional o internacional, se exige indefectiblemente del árbitro ser independiente e imparcial, ya sea por la ley a que el arbitraje se halla sujeto y/o por las reglas de arbitraje acordadas por las partes. Las leyes y reglas de arbitraje requieren además que la persona designada como árbitro revele cualquier circunstancia que pueda poner en duda su independencia o imparcialidad, tanto existente en el momento de su nombramiento como surgida durante el arbitraje.

La razón de esta exigencia es garantizar que las partes que optan por el sistema arbitral puedan disfrutar de la misma protección que las que optan por el sistema judicial¹⁰⁶⁷. Los árbitros ejercen funciones quasi-judiciales y sus laudos tienen el mismo efecto vinculante que la sentencia judicial (*res judicata*¹⁰⁶⁸). Por lo tanto, al igual que los jueces, el deber principal del árbitro es el de ser independiente e imparcial. Sólo si el árbitro es independiente e imparcial y las partes son tratadas con igualdad puede dictarse un laudo justo y aceptado como tal¹⁰⁶⁹. La vulneración de estos deberes da lugar a la separación y a la responsabilidad civil del árbitro y a la anulación del laudo arbitral.

La exigencia fundamental de la independencia y la imparcialidad se aplica: a) a los árbitros antes de ser nombrados, b) a los árbitros en cualquier estado del procedimiento, y c) a los “árbitros preestablecidos”, es decir, designados en el contrato principal y que permanecen “de guardia” durante el curso de la relación contractual. Estos últimos pueden ser independientes e imparciales en el momento de la firma del contrato principal, pero pueden perder este carácter cuando, tiempo después, surge la disputa. Como ejemplo, el art. 7.1 del Reglamento de la CCI exige que “todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje” y la Ley de Arbitraje española 2003 (art. 17.1) que “todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial”.

Algunas reglas exigen que la obligación de independencia e imparcialidad se extienda incluso durante el período post-laudo en el cual el laudo es impugnado e incluso más tarde, a fin de garantizar la justicia del laudo. En cambio, otras, como las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en

1064 William Ian Miller, “Avoiding legal judgement: The submission of disputes to arbitration in medieval Iceland” 28, *American Journal of Legal History* 95, 113, 1984. En la Islandia medieval, la independencia y neutralidad no eran indispensables en el arbitraje. No se exigía a los árbitros ser neutrales e imparciales, siempre que actuaran con moderación y fueran efectivos. En un caso documentado, una parte que buscaba compensación por el homicidio de su hijo, aceptó que el hermano del sospechoso arbitrara la disputa. La relación del árbitro con una de las partes no fue considerada importante precisamente debido a la conducta equitativa del árbitro. Citado por Olga K. Byrne, “The new code of commercial arbitrations: the neutrality of party-appointed arbitrators on a tripartite panel”, 30, *Fordham Urban Law Journal*, septiembre 2003. Igualmente hay evidencia de que en Francia, en el s. XI, las partes generalmente seleccionaban árbitros entre los parientes, amigos o asociados. Finalmente, en España no era insólito que en ocasiones las partes nombraban árbitros a sus abogados, de forma que sólo el tercero era verdaderamente independiente.

1065 La plena independencia e imparcialidad del juez es la piedra angular de toda la justicia. Ver, por ejemplo, Marc Henry, *Le devoir d’indépendance de l’arbitre*, L.G.D.J., Paris, 2001.

1066 La independencia, no sólo se exige de la función judicial, sino también de los políticos, administradores de empresa, etc.

1067 Mathew David Disco, “The impression of possible bias: what a neutral arbitrator must disclose in California”, *Hastings Law Journal*, 45, noviembre 1993, p. 113.

1068 *Res judicata facit de albo nigrum et de quadratum rotundum*

1069 Francisco González de Cossío, “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”.

el Arbitraje Internacional (Primera Parte, I), entienden que la obligación de independencia e imparcialidad cesa con la terminación del arbitraje.

La independencia e imparcialidad es una cuestión delicada, porque el arbitraje implica una tensión entre el concepto abstracto de la justicia plenamente imparcial y el principio de que las partes tienen derecho a un juez de propia elección, incluido un técnico experto en la materia con el posible riesgo de prejuicios o preferencias derivados de la experiencia de su carrera¹⁰⁷⁰.

Las reglas incluidas las de todas las instituciones arbitrales exigen al árbitro que firme una declaración de independencia e imparcialidad en relación con el arbitraje de que se trata. La mayoría de reglas (p.e. las Reglas CCI, la Ley Modelo UNCITRAL) exigen que la declaración se haga previa o en el momento de la aceptación del cargo de árbitro, mientras que algunos (p.e. el art. 29 de las Reglas de la Cámara de Comercio de Suecia, las Reglas ICSID) sólo exigen que lo haga una vez nombrado.

II. Las nociones de independencia, imparcialidad y neutralidad

*“Judex bonus nihil ex arbitrio suo faciat,
nec proposito domesticae voluntatis,
sed iusta leges et jura pronunciet”*

*“The selection of arbitrators is perhaps the single most critical decision
that the parties make in a case”*

*Dalissa Ridgway*¹⁰⁷¹

Las nociones de independencia, imparcialidad y neutralidad, predicadas o exigidas de cualquier persona con poder para enjuiciar, no coinciden ni son intercambiables, aunque a menudo se usan indistintamente. Hablando sobre los jueces, Tom Bingham, Senior Law Lord de Inglaterra¹⁰⁷², hace notar que la imparcialidad y la independencia pueden no ser sinónimos, pero que, entre ellos, existe un vínculo de sangre porque un juez que es verdaderamente imparcial y que decide cada caso según sus méritos tal como él los percibe, es necesariamente independiente. Sin embargo –resalta–, ambos conceptos no coinciden y son distintos.

Las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA¹⁰⁷³ ofrecen una delimitación de ambos conceptos. Según el art. 3, “la parcialidad surge cuando un árbitro favorece a una de las partes o tiene prejuicios en relación con la materia objeto de la controversia. La dependencia surge de las relaciones entre el árbitro y una de las partes, o con alguien estrechamente conectado con alguna de las partes”.

Muchos consideran que debe existir una mayor exigencia de los requisitos de independencia e imparcialidad del árbitro, teniendo en cuenta que, a diferencia del juez, cuya decisión es apelable, la decisión del árbitro es final y definitiva, sin posibilidad de recurrir en cuanto al fondo y con limitados supuestos de recurso basados en el procedimiento.

Si la independencia y la imparcialidad del árbitro es una materia vital en todo arbitraje, mucho más lo es en el arbitraje internacional. Se ha dicho¹⁰⁷⁴ que algunos países en desarrollo desconfían del arbitraje porque existe el temor de que las instituciones arbitrales pueden tener prejuicios culturales y sociales imbuídos contra ellos.

1070 Thomas Stepanowich y Peter Kaskell, op. cit., p. 73. Vid la jurisprudencia citada por dichos autores.

1071 Dalissa Ridgway, “International Arbitration: The next from industry”, *Dispute Resolution Journal*, febrero 1999.

1072 Tom Bingham, *The business of judging*, 2000, p. 59.

1073 IBA, *Rules of Ethics for International Arbitrators*, en *XII Yearbook: Commercial Arbitration*, 199-202.

1074 Redfern y Hunter, *Law and practice of international commercial arbitration*, 1991.

1. Independencia

La independencia es la calidad de ser libre de la influencia, la orientación o el control de los demás. El término independencia implica la inexistencia de interés o de presión sobre el “enjuiciador” (juez, árbitro) que pueden influir en su libre decisión.

La independencia no puede confundirse con la imparcialidad. A diferencia de la imparcialidad, que es un estado mental, la independencia es una situación de hecho. Sin embargo, la imparcialidad se basa en una presunción de independencia.

La independencia se fundamenta principalmente en las relaciones (o más bien la ausencia de relaciones) del árbitro con las partes o con terceros. Estas relaciones pueden ser familiares (esposa, padres, hijos, primos); profesionales (cuando el árbitro ha actuado, por ejemplo, como abogado, empleado¹⁰⁷⁵ o asesor de alguna de las partes¹⁰⁷⁶); de negocio o financieras (cuando el árbitro tiene un cargo, ejecutivo o no ejecutivo, o es parte en una transacción comercial con una de las partes del arbitraje¹⁰⁷⁷; o personal (tanto una relación continuada con una parte o un incidente individual, como en el caso de un árbitro que compartió una habitación del hotel con la abogada de una de las partes¹⁰⁷⁸). El grado y, por tanto, la influencia de dichas relaciones, varían con el tiempo, el espacio y el lugar¹⁰⁷⁹.

2. Imparcialidad

A. El concepto de imparcialidad

Imparcialidad significa la libertad frente a todo favoritismo o prejuicio, ya sea de palabra o de obra, y una disposición de servir a todas las partes por igual y no sólo a una parte¹⁰⁸⁰. La parcialidad surge cuando un “enjuiciador” favorece de cualquier forma a una de las partes o cuando mantiene prejuicios en relación con la materia objeto de la controversia. La imparcialidad es un concepto más abstracto que la independencia, en el sentido de que implica un estado de ánimo que además resulta difícil de medir y de cuantificar.

La imparcialidad es un estado de la mente que, en ocasiones, se evidencia a través de la conducta del sujeto. Un árbitro es parcial cuando tiene una preferencia o inclinación hacia una parte o contra una parte, o cuando un tercero percibe razonablemente dicha parcialidad¹⁰⁸¹.

Es necesario hacer una distinción entre una simple simpatía o una predisposición en general y un prejuicio positivo. Un prejuicio a favor o en contra de una parte o de un caso constituye una voluntad de decidir un caso a favor o en contra de una parte con independencia o sin un examen crítico de los hechos y los fundamentos del caso¹⁰⁸².

Como ya he dicho, la imparcialidad puede ser descrita como un estado mental en el que el enjuiciador no tiene interés en el resultado de la contienda y se muestra abierto a la persuasión de las alegaciones y pruebas de las partes (según el principio de justicia rogada *iudex judicare debet secundum allegata et probata partibus*). En cambio, la parcialidad denota un estado de ánimo que de alguna manera predispone a un resultado determinado o se cierra a considerar determinadas cuestiones. El

1075 Por ejemplo, en el caso *Buraimi Oasis*, el árbitro fue considerado no independiente por haber tenido un cargo y ser responsable del arbitraje en el gobierno de Arabia Saudita.

1076 *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 US 145 (1968).

1077 *AT&T Corporation and Lucent Technologies, Inc. v. Saudi Cable Company* 1 All ER(D) 657.

1078 J. Murray, A. Rau y E. Sherman, *Process of dispute resolution: the role of lawyers*, 1996, p. 705.

1079 Leon Trakman, “The impartiality and independence of arbitrators reconsidered”, UNSWLRS 25, 2007.

1080 Daniel Bent, “Ethical Rules of mediation and arbitration. Fair mediation and arbitration.com. Ethical standards of professional responsibility”.

1081 Leon Trackman, *op. cit.*

1082 Redfern y Hunter, *op. cit.*, p. 221.

que un enjuiciador sea imparcial depende de que su conducta no dé lugar a un temor razonable de parcialidad.

Se ha señalado que la falta de independencia puede ser demostrada a través de criterios objetivos (económicos o de otro tipo), mientras que la parcialidad o prejuicio sólo es demostrable a través de un comportamiento que generalmente sólo tiene lugar después del nombramiento¹⁰⁸³.

B. La imparcialidad de los jueces

“Conviene que este hombre (el juez) se mantenga en estado de inocencia y pureza con respecto a los seres viciosos si se quiere que su conducta intachable le facilite un juicio recto sobre lo que es justo”.

Platón¹⁰⁸⁴

“Solo là dove gli avvocati sono indipendenti, i giudici possono essere imparziali”

Piero Calamandrei¹⁰⁸⁵

Como hemos repetido, la independencia y la imparcialidad es la característica esencial de la administración de justicia y de los jueces¹⁰⁸⁶.

Como también hemos avanzado, esta independencia e imparcialidad ha sido reconocida por todos los instrumentos internacionales de carácter universal (el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, los Principios Básicos de la Independencia Judicial de 1985, las Directrices sobre la Función de los Fiscales de 1990 y los Principios Básicos de la Función de los Abogados de 1990); los instrumentos regionales (como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, el Convenio Americano de Derechos Humanos de 1969) y la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la Recomendación del Consejo de Europa no R (94) 12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Misión de los Jueces.

La imparcialidad ha sido especialmente analizada en relación con la función de los jueces. La justicia y la imparcialidad deben estar subjetivamente presentes y ser objetivamente demostrables por un observador razonable e informado. El proceso se considerará injusto si las palabras o acciones del juez dan lugar a un temor razonable de parcialidad a este observador.

El Model Code of Judicial Conduct de la ABA 2007¹⁰⁸⁷ define la independencia de los jueces como la “libertad del juez frente a toda influencia o control distintos a los establecidos por el derecho” y define la imparcialidad como “ausencia de inclinación” (*bias*) o prejuicio a favor o contra partes o clases de partes en particular, así como el mantenimiento de un ánimo abierto (*open mind*) al considerar las cuestiones que puedan llegar ante el juez¹⁰⁸⁸.

La prueba de la parcialidad ha de ser objetiva y no subjetiva. La percepción de predisposición o de prejuicio debe ser razonable y a juicio de una persona razonable y honrada, planteándose a sí

1083 Craig, Park and Paulson, op. cit. p. 208. Ronne King and David Cave, “Independence, impartiality and challenging the appointment of an arbitrator”, *International Arbitration*, p. 19.

1084 Platón, *La república o de la justicia*, Libro 2, XVI.

1085 Piero Calamandrei, op cit.

1086 Sobre esta materia se ha escrito mucho. Vid, por ejemplo, Sergei A. Beliaev, “The fundamental right to an independent and impartial judge (challenging a judge)”; Hans-Georg Heinrich, “The role of judicial independence for the rule of law; Lech Garlicki, “The relation of the judiciary to other state powers: necessary guarantees including independence”, in *Council of Europe Workshops on judicial independence and incompatibilities of the office of judge with other activities*, Bishtek, Kyrgystan, 20-21 abril 1998.

1087 ABA Model Code of Judicial Conduct, febrero 2007, Terminología.

1088 El libro judicial para igualdad de trato (Equal Treatment Bench Book, ETBB) en el Reino Unido, que contiene unas directrices, señala que los jueces son cada vez más conscientes de los problemas que surgen al tratar con partes que poseen variadas etnias y culturas.

misma la cuestión y d*niendo la información necesaria al respecto. La prueba consiste en determinar lo que una persona informada concluiría, visto el asunto de manera realista y práctica y habiéndolo considerado suficientemente. Esta prueba consta, pues, de un doble elemento: la persona que considera la presunta parcialidad debe ser razonable y la aprehensión de la misma debe ser también razonable atendidas las circunstancias del caso. La persona razonable debe hallarse informada, es decir, con el conocimiento de todas las circunstancias relevantes, incluyendo las condiciones de integridad e imparcialidad que forman parte de los antecedentes y teniendo en cuenta que la imparcialidad es uno de los deberes que los jueces han jurado defender.

La existencia de un temor razonable de parcialidad depende de los hechos. El nivel exigido para tal afirmación es alto y la carga de demostrar la parcialidad recae en la persona que alega su existencia. El riesgo real o probable de parcialidad debe demostrarse dado que la mera sospecha no es suficiente. Como algunas sentencias de los EE.UU.¹⁰⁸⁹ han declarado, el “interés o parcialidad deben ser directos, concretos y susceptibles de demostración razonable, en lugar de remotos o especulativos” y “se halla bien establecido que una mera apariencia de parcialidad es insuficiente para demostrar la parcialidad evidente”.

La prueba se aplica por igual a todos los jueces, independientemente de su origen, género, raza, origen étnico o cualquier otra característica.

C. Imparcialidad de los árbitros

Como Lew, Mistelis y Kroll¹⁰⁹⁰ indican justamente, de hecho los casos de parcialidad real son poco usuales. Es raro que los árbitros acentúen su favor o desfavor por una de las partes de una manera tan clara como la que se dió en un arbitraje entre una parte portuguesa y otra noruega, donde se oyó decir al árbitro que los portugueses son todos unos mentirosos¹⁰⁹¹. En los arbitrajes en que participan estados, ciertos comentarios políticos pueden también convertirse en un problema como lo demuestra un ejemplo bien conocido del Tribunal de Reclamaciones de la guerra Irán-Estados Unidos¹⁰⁹². Irán pidió la renuncia del juez Marigard de Suecia, uno de los árbitros de un país tercero. Al parecer, este árbitro incurrió en “propaganda política dudosa” al acusar a Irán de “condenar la ejecución”, aunque la recusación fue rechazada por el Presidente del Tribunal Supremo de los Países Bajos, actuando como autoridad nominadora, por falta de prueba de que dicha declaración fuera realmente realizada¹⁰⁹³.

Los tribunales de distintos países han adoptado también la tesis de la “sospecha razonable” o del “temor razonable”. Así, el Tribunal Supremo de Victoria en Australia, en *Gas & Fuel Corporation v. Victoria V. Woodhall y Leonard Pipeline Constructors Ltd.* sostuvo la existencia de una sospecha razonable al considerar razonablemente una parte del público que el árbitro no pudo resolver la controversia de una manera justa y sin prejuicios. Esta prueba fue revisada en *Livesey v. New South West Bar Association*¹⁰⁹⁴. En Inglaterra, se ha considerado que la prueba de parcialidad a efectos de la Sección 24 de la Ley inglesa, es la misma que la del artículo 6, I de la Convención Europea de Derechos Humanos, a saber, cuando un observador honesto y bien informado considera que los hechos demuestran que había una posibilidad real de que el árbitro estuviera influido por prejuicios¹⁰⁹⁵.

El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha advertido también que “es cierto que los árbitros no pueden cortar todos sus vínculos con el mundo empresarial, ya que no se espera que obtengan todos

1089 Por ejemplo, *Peoples Security Life Ins Co. v. Monumental Life Ins. Co.*, 991 F. 2d 141, 146 (4th Cir. 1993).

1090 Julian Lew, Loukas Mistelis y Stephan Kroll, *Comparative international commercial arbitration*, 2003, p. 258.

1091 *Re The Owners of Steamship “Catalina” and the Owner del Motor Vessel “Norma”* [1938], 61 L1 L Rep 360.

1092 Khan, *The Iran-United States Claim Tribunal*, pp. 65-67.

1093 En *Re Judge Mangard, I Iran-US CTR* 509, 516-518.

1094 *Livesey v. Niff South West Bar Association* [1983] 151 CLR 294

1095 *Magill v. Porter* [2002] UKHL 67, [2002], 1 All ER, 465, citado por Audley Sheppard, *Arbitration World*, 2004, p.149.

sus ingresos de su trabajo decidiendo casos, pero, en todo caso, debemos ser aún más escrupulosos en salvaguardar la imparcialidad de los árbitros que la de los jueces, ya que los primeros tienen las manos completamente libres para decidir tanto los hechos como el derecho y no están sujetos a revisión en apelación.”

3. Neutralidad

“Neutrality consists of having weights and measures for each”

*Napoleón*¹⁰⁹⁶

El término “neutralidad” se usa en el arbitraje en dos sentidos. En el primero, se refiere a una “neutralidad nacional”, es decir, cuando el árbitro es de un país distinto a los de las partes¹⁰⁹⁷. En el segundo se refiere a un árbitro nombrado por las partes (*party-appointed arbitrator*), que se espera votará por la parte que el árbitro estima que tiene la razón, a pesar de tener simpatía por la parte que le nombró por razón de participar de la misma tradición o cultura de dicha parte¹⁰⁹⁸.

La idea de neutralidad es utilizada principalmente en este segundo sentido por el Código de Ética de la American Arbitration Association (AAA)-American Bar Association (ABA) (Código AAA-ABA), que permite que, en algunos tipos de arbitraje, los árbitros designados por las partes (*party-appointed arbitrators*) no necesiten ser neutrales. Esto no implica que estos árbitros no tengan que ser imparciales, sino que, debido a sus antecedentes jurídicos, sociales y culturales, pueden hallarse favorablemente predispuestos hacia la parte que los designó. Mientras esta proximidad no les permite dictar el resultado del procedimiento, su falta de neutralidad no debe menoscabar la imparcialidad¹⁰⁹⁹. Sin embargo, el árbitro presidente debe ser siempre neutral (véase la Sección 10 más abajo).

4. Relación entre la independencia y la imparcialidad

Como hemos visto, existe una diferencia conceptual entre la independencia y la imparcialidad. La independencia hace primordialmente referencia a la relación entre el árbitro y las partes, mientras que la imparcialidad tiene un carácter más amplio y hace a menudo referencia a la relación del árbitro con el asunto arbitrable. Ambos conceptos, como ya he dicho, son interdependientes pero no son intercambiables¹¹⁰⁰. En todo caso, existen grandes zonas de solapamiento entre ambos conceptos.

Algunos autores, especialmente en democracias emergentes¹¹⁰¹, ven la imparcialidad como algo que concierne directamente al juez, mientras que la independencia le afecta en cuanto a sus relaciones con los demás poderes del estado. Pero la realidad es que el concepto de independencia abarca también a sus relaciones con las partes.

Algunos dicen que, si bien ambos principios se invocan, con frecuencia, de forma conjunta, se tiende a poner mayor énfasis en la independencia a expensas de la imparcialidad. Ambos conceptos adoptan como premisa fundamental el principio de independencia judicial. En otras palabras, tienden a considerar la independencia como un fin en sí misma, lo que conduce a que los demás principios, como la imparcialidad y el deber de rendición de cuentas (*accountability*), pasen a un segundo orden.

1096 Napoleon, Máximas, 1804-1815.

1097 En esta acepción se utilizó en el Tribunal de Reclamaciones Irán-USA en La Haya, donde los tres tribunales estaban constituidos por un árbitro norteamericano, otro iraní y un presidente de un tercer país. A estos últimos se les denominaba “neutrales”.

1098 M. Scott Donahey, “The independence and neutrality of arbitrators”, *Journal of International Arbitration*, vol. 9, no. 4, diciembre 1992.

1099 Lew, Mistelis y Kroll, op. cit., p. 259.

1100 A. Redfern and M. Hunter, *Law and practice of International Commercial Arbitration*, 2001, p. 214.

1101 Sergei A. Beliaev, “The fundamental right to an independent and impartial judge (challenging a judge)”, Consejo de Europa on “Judicial independence and incompatibilities of the office of judge with other activities”, Bishtek, Kyrgyzstan, 20-21 abril 1998.

Aunque la importancia de la independencia judicial no se puede negar, hay peligro de tratarla, como un fin en sí misma. Como el principal objetivo a que se aspira es que la decisión sea ética, justa y responsable, la imparcialidad ha de considerarse el fin y la independencia un medio –un medio fundamental– para ello, pero no un fin en sí misma.

En mi opinión, la independencia, como cuestión de hecho, viene intelectualmente primero –y debe analizarse en primer lugar –y la imparcialidad, como cuestión psíquica, viene después. Un juez, como un árbitro, puede ser independiente –inexistencia de dependencia física, mental, económica y ausencia de presión– pero puede tener prejuicios o conclusiones preconcebidas sobre la materia en disputa. Por consiguiente, creo que el orden en que se deben considerar dichos principios, tanto intelectualmente como en la prueba práctica, primero la independencia y segundo la imparcialidad.

Bishop y Reed señalan acertadamente que un árbitro que sea imparcial pero no totalmente independiente está capacitado para ser árbitro, mientras que un árbitro independiente que no sea imparcial no lo está¹¹⁰².

Hay que hacer notar que algunas leyes y normas sólo hacen referencia a la imparcialidad y en cambio no lo hacen a la independencia. Este es el caso, por ejemplo, de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, que exige expresamente la imparcialidad, pero no la independencia de los árbitros. El Informe sobre el Proyecto de Ley de Arbitraje 104 (1996) del Department Advisory Committee justificó esta postura afirmando que “debemos insistir en que creemos no perder nada de importancia omitiendo la referencia a la independencia. La carencia de esta cualidad puede dar lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad, que está contemplada, pero, si no lo hace, creemos no haber omitido nada de importancia por haber omitido usar este término¹¹⁰³. También la Ley de Arbitraje sueca no utiliza el término “independencia”. En cambio, otras leyes y normas se refieren solamente a la independencia, dejando la imparcialidad en un segundo término (por ejemplo, las Reglas de Arbitraje de la CCI, art. 9).

Por su parte, en el Convenio ICSID (art. 14.1), los principios generales que se aplican a la independencia del árbitro son que el árbitro debe ejercitar “un juicio independiente” y que debe “juzgar justamente entre las partes”. Aunque pueda ser discutible, algunos tribunales¹¹⁰⁴ han declarado que la exigencia de dicho Convenio comprende los principios tradicionales de independencia e imparcialidad.

5. Apariencia de parcialidad

“Justice should not only be done; but should manifestedly and undoubtedly be seen to be done”

*Lord Hewart*¹¹⁰⁵

“The cold neutrality of an impartial judge”

*Edmund Biorke*¹¹⁰⁶

1102 D. Bishop y L. Reed, “Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”, 14,395 *Arbitration International*, 1998, p. 400.

1103 Department Advisory Committee, Report on the Arbitration Bill 104 (1996), citado por Craig, Park y Paulsson, op. cit., p. 208.

1104 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA y Interaguas Servicios Integrales del Agua SA v. La República Argentina*, caso ICSID no. ARB/03/17 y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA v. La República Argentina*, caso ICSID no. ARB/03/19 de 22 de octubre de 2007.

1105 Lord Hewart, *R v. Sussex Justices, ex parte Mc Carthy*, 1924. 1 Kb 256 [1923] All ER 233. Nicolás Maquiavelo dijo algo similar sobre la mujer del César. “Ethics in labor and employment arbitration”, 2003, American Bar Association. La parcialidad del árbitro puede constituir una violación del orden público internacional, según el art. 1505 del Código de Procedimiento francés (Fouchaud, Guillard and Goldman, *Traité de l’arbitrage commercial international*, p. 580).

1106 Edmund Biorke, Preface to Brissol’s Address.

Al igual que ocurre con los jueces, los árbitros deben ser especialmente sensibles a la necesidad, no sólo de ser justos, sino también de parecer ser justos a todo observador. Por ello, no sólo la existencia de parcialidad sino la mera apariencia de parcialidad es suficiente para producir la descalificación del árbitro, circunstancia que debe ser revelada por el árbitro¹¹⁰⁷. Tras la famosa declaración de Lord Hewart: “la justicia no sólo debe ser hecha, sino que, manifiesta e indudablemente, debe parecer que es hecha”, los árbitros, como los jueces, no sólo deben ser independientes e imparciales, sino que deben ser percibidos como tales. En esta línea, la decisión judicial de EE.UU., en el influyente caso *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*¹¹⁰⁸, declaró que “todo tribunal autorizado por la ley para juzgar casos y controversias, no sólo debe ser imparcial, sino que debe evitar incluso la apariencia de parcialidad”.

Aunque es posible que alguien tenga una antigua o actual relación con una de las partes, puede considerar que se encuentra en una situación de independencia que le permite arbitrar el caso sin parcialidad para esta parte, la otra parte, la institución arbitral o el público en general pueden tener dudas sobre la imparcialidad del árbitro, lo que corroboraría en caso de resultar ser la parte perdedora.

Uno de los casos más conocidos de necesidad de proteger la apariencia de imparcialidad lo fue el caso Pinochet en los tribunales ingleses¹¹⁰⁹. En el mismo, el juez Hoffman, cuya esposa estaba relacionada con Amnesty International, no declaró esta circunstancia antes de que la Cámara de los Lores conociera el caso, lo que llevó a la anulación de la sentencia, en cuya votación había intervenido Hoffman y a repetir el proceso sin su intervención.

La mayoría de las legislaciones y reglamentos se refieren también a la necesidad de que el árbitro revele, no sólo cualquier interés o relación que puedan afectar a su imparcialidad, sino también cualquier interés o relación que puedan crear una apariencia de tal parcialidad (Canon II Código AAA/ABA).

La apariencia de imparcialidad fue objeto de gran debate también en los EE.UU. con ocasión de la revisión del Código Modelo de Conducta Judicial de la ABA. Algunos comentaristas han criticado que la revisión podría debilitar la disposición que exige que los jueces no sólo deben evitar la incorrección real, sino también la apariencia de incorrección¹¹¹⁰, porque, aunque la nueva versión conserva el criterio de la apariencia, la diluye al decir que violaciones “normalmente” no comprometen la disciplina profesional, salvo si hay cargos o violación de otras reglas¹¹¹¹.

1107 Hans Bagner, “Arbitrator impartiality: Appearance is everything”, Maley’s International Arbitration Report, vol. 21, no. 6, June 2006.

1108 *Commonwealth Coating Corp. v. Continental Casualty Corp.*, 393 US, 145, 1968. Este caso se refería a una controversia entre un subcontratista (Commonwealth Coatings) y la compañía aseguradora de la prestación del contratista principal (Continental Casualty). Continental impugnó con éxito el laudo arbitral que le era desfavorable, porque el árbitro neutral dejó de revelar una relación profesional estrecha entre el árbitro y el contratista principal. El árbitro neutral ordinariamente actuaba como ingeniero consultor del contratista principal, habiendo generado honorarios de alrededor de \$12.000 en un período de 5 años. El Tribunal consideró que la no revelación de los tratos anteriores a Commonwealth Coatings justificaba la anulación del laudo. El Tribunal Supremo falló que “cualquier tribunal autorizado por el derecho para decidir casos y controversias, no sólo debe ser imparcial, sino que también debe evitar cualquier apariencia de parcialidad”. El árbitro neutral del tribunal tripartito había dejado de revelar una relación comercial previa con una de las partes. El juez Black razonó que la relación profesional entre el árbitro y la parte exigía que el laudo fuera anulado. Tomando una visión jurídica del arbitraje, comparó las normas éticas exigidas a un árbitro con las que se exigen a un juez, porque, si un juez hubiese dejado de revelar una estrecha relación financiera con un litigante, cualquier resolución que dictara en estas circunstancias estaría sujeta a revisión. El juez Black manifestó su preocupación por la falta de revisión judicial de las decisiones arbitrales al decir que “deberíamos ser aún más escrupulosos en garantizar la imparcialidad de los árbitros que la de los jueces, ya que los primeros tienen las manos completamente libres para decidir sobre los hechos como del derecho, y no están sujetos a la revisión en apelación”.

1109 *Re Pinochet* [1999] 1 All E. R. 577.

1110 Código Modelo de Conducta Judicial de la ABA, C. 2, “A judge shall avoid impropriety and the appearance of impropriety in all the judge’s activities”.

1111 The New York Times, 22 May 2004, Editorial, p. A24.

6. Normas sobre independencia e imparcialidad de jueces y árbitros

*“On that I were judge in the land!
Then every man with a suite or cause
might come to me, and I would give him justice”*

*Absalon*¹¹¹²

Se plantean las cuestiones de si el mismo nivel de independencia e imparcialidad que se exige a los jueces debe exigirse también a los árbitros y también de cómo puede aplicarse el mismo nivel de exigencia en los arbitrajes en las diversas jurisdicciones en las que los arbitrajes internacionales tienen lugar.

En esta materia, los árbitros deben ser, en principio, tratados de modo similar a los jueces. En *Bremer Schiffban v. South India Shipping Corp. Ltd.*, el juez Donaldson afirmó que “los tribunales y los árbitros están en el mismo negocio (*business*), es decir, la administración de justicia”¹¹¹³. Por ello, en general los jueces y los árbitros han de ser analizados de la misma manera para determinar si son o no parciales, consciente o inconscientemente¹¹¹⁴, y que las mismas exigencias se aplican a ambos.

Los principios fundamentales que se aplican a los jueces, como el de que nadie puede ser juez y parte (*nemo sibi sit iudex*¹¹¹⁵), de que la justicia no sólo debe ser hecha, sino que debe parecer que se hace y otros, se aplican igualmente a los árbitros.

Sin embargo, existen claras diferencias entre el juez y el árbitro: a) el juez es miembro del poder judicial del estado, lo que constituye por sí solo una garantía de la libertad de su juicio; en cambio, el árbitro provee una forma de justicia más personalizada y especializada, ya que está en relación más estrecha con las partes; b) el poder del juez deriva directamente del estado y de la ley de la nación, mientras que la jurisdicción del árbitro deriva del acuerdo entre las partes; c) el juez no es nombrado ni remunerado por las partes, mientras que el árbitro sí lo es; d) el juez sólo ha de rendir cuentas al estado, mientras que el árbitro ha de hacerlo a las partes y a la institución arbitral; e) la decisión del juez puede ser revisada o rectificadas en apelación mientras que el laudo arbitral no puede serlo; f) a diferencia del juez ordinario, el árbitro suele tener un conocimiento más técnico de la materia en litigio; y g) las partes, al designar al árbitro, establecen una relación de mandato con el árbitro, cuya relación nunca puede existir con el juez¹¹¹⁶.

En *R. v. Gough*, Lord Goff dijo que “es posible y deseable que la misma prueba sea aplicable en todos los casos de aparente parcialidad, ya se refiera a jueces ... o a árbitros ... Finalmente, para evitar dudas, prefiero realizar la prueba en términos de peligro real más que de probabilidad real, para asegurar que el tribunal está pensando en términos de posibilidad de parcialidad. Por lo tanto, habiendo resultado probadas las circunstancias pertinentes, el tribunal debe preguntarse si, teniendo en cuenta dichas circunstancias, existe un peligro real de parcialidad por parte del miembro concreto del tribunal en cuestión que pueda hacer contemplar con favor o desfavor el caso de una parte en la cuestión objeto de su examen”¹¹¹⁷. Por su parte, el Alto Tribunal Federal alemán decidió que la disposición de la Constitución (art. 97) que establece que los jueces deben ser independientes, igualmente se aplica a los árbitros¹¹¹⁸. Por último, como hemos visto, el Tribunal Supremo de EE.UU. en *Commonwealth Coatings v. Continental Casualty*¹¹¹⁹ sostuvo que debe someterse a los árbitros a

1112 Absalon, 2 Samuel 15, 4.

1113 Donaldson, J., *Bremer Schiffban v. South India Shipping Corp. Ltd.*, 1981, AC 909-921.

1114 *AT&T Corporation Lucent Technologies Inc. & Saudi Cable Company*, [200] 2 Lloyd’s Rep 127 (CA).

1115 Código de Justiniano, 3,5,1.

1116 Chiara Giovannucci Orlandi, “Ethics for international arbitrators”, *UMKC Law Review*, otoño 1998, p. 93.

1117 *R. V. Gough* [1993] AC 646, citado por Thomas H. Webster, “Party control in international arbitration”, *Arbitration International*, vol 19, no. 2003, p. 128.

1118 Federal High Court BGH2 98, 70.

1119 *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 US 145, 149 (1968). Vid nota 61.

exigencias más estrictas en esta materia que a los tribunales, ya que contra sus laudos no existe la posibilidad de recurso.

Sin embargo, a mi juicio, los conceptos de independencia e imparcialidad que se aplican a los jueces no pueden ser exactamente aplicados a los árbitros. Los jueces deben ser independientes del gobierno (ejecutivo), del poder legislativo (no deben tratar de ganar la aprobación o evitar la censura parlamentaria), y también de toda asociación profesional, comercial, personal u otras¹¹²⁰, lo que no ocurre con los árbitros. Además, en la mayoría de países, la participación de los jueces en comisiones, comités de investigación, dedicados no a la reforma de la legislación o la administración de justicia y otros, se considera incompatible con la independencia de la judicatura¹¹²¹. Estas limitaciones no pueden aplicarse a los árbitros.

Hay que tener presente que la institución arbitral está basada enteramente en la autonomía de la voluntad de las partes, que desean tener su “juez privado”. Además, a menudo las partes quieren que el árbitro sea un experto en la materia en disputa y a veces exigen que tenga una titulación y/o experiencia en la misma. En muchos sectores industriales, los profesionales desean zanjar sus disputas a través de un arbitraje en el que los árbitros estén familiarizados con los usos del sector y se hallen más cerca de las posiciones de las partes más que litigar ante un juez o un jurado sin tales cualificaciones¹¹²². Así, el famoso juez de Chicago Richard Posner –el creador de la doctrina de la interpretación económica del derecho– ha reconocido que las partes “prefieren un tribunal arbitral conocedor de la materia en controversia que un tribunal generalista con su austera imparcialidad pero limitado conocimiento de la materia”¹¹²³.

7. La independencia de los árbitros a “tiempo completo”

“El árbitro tiene en cuenta la equidad, el juez, la ley”

*Aristóteles*¹¹²⁴

Algunos comentaristas han planteado la cuestión de la independencia de aquellas personas que hacen del arbitraje una profesión exclusiva. Últimamente existe un número creciente de profesionales, en particular abogados especializados en el arbitraje, que dedican una parte total o sustancial de su tiempo y obtienen una parte importante de sus ingresos de dicha fuente. Aunque esta tendencia se da en árbitros competentes y experimentados, dichos comentaristas sostienen que esta dependencia profesional de los honorarios arbitrales puede llevar a algunos a intentar ganarse el favor de las partes que acuden a menudo al arbitraje denominados “jugadores de repetición” (*repeat players*) (tales como instituciones importantes, grandes empresas, comercios con alto volumen de ventas)¹¹²⁵.

En efecto, Menkel-Meadow¹¹²⁶ se pregunta si en estos supuestos no surge realmente un conflicto de interés cuando los árbitros son elegidos directamente por las partes y los árbitros así elegidos procuran “satisfacer” o agradar a las partes para intentar ser elegidos de nuevo, especialmente si el árbitro es un árbitro “a tiempo completo” que depende exclusivamente del arbitraje para sus ingresos. Desde la perspectiva de algunas partes y árbitros, esto puede conducir a laudos de “compromiso” en

1120 Tom Bingham, op. cit., p. 61.

1121 Robin Cook, “The court and public controversy”, *Otago Law Review*, 1983, vol. 5, no. 3, 357 en 365, citado por Tom Bingham, op. cit., p. 64.

1122 Esto es más evidente cuando se trata de algunos tipos de arbitraje comercial como las reglas LMAA, GAFTA, FOSFA y RSA, en que las partes desean esta experiencia y familiaridad del árbitro en el sector de que se trate. Vid. Quentin Bargate, “Arbitrators and impartiality. Update and commentary”, *Quick Brief*, 2004.

1123 Citado por Olga K. Byrne, “A new code of ethics for commercial arbitrators: The neutrality of party-appointed arbitrators on a tripartite panel”, en *Fordham Urban Law Review*, 1º septiembre 2003.

1124 Aristóteles, *Retórica*, Libro i. c. 13, sec. 19.

1125 Carol Silver, “Models of quality for third parties in ADR”, *12 Ohio S. J. on Dispute Resolution*, 1996.

1126 Carrie Menkel-Meadow, “Ethics in arbitrations and related dispute resolution proceses. What is happening and what’s not”, *56, University of Miami Law Review*, julio 2002, p. 949.

los que se acusa a los árbitros de “dividir el bebé” (*split the baby*) para mantener a ambas partes razonablemente satisfechas (o igualmente insatisfechas) con decisiones que, de otra manera, resultarían más precisas o justas. En la medida en que los árbitros puedan tener tendencia a “complacer” a sus clientes a fin de ser escogidos de nuevo, se produce una preocupación ética respecto a los “jugadores de repetición” que acuden al arbitraje a menudo (y árbitros en particular) con más frecuencia que la otra parte (litigantes “de una sola vez”, como consumidores, compradores de valores, pacientes), y que saben cómo “jugar” o “manejar” el sistema (sea el proceso en sí mismo o el árbitro en particular).

Menkel-Meadow también se refiere a la llamada “ética sociológica”. En el ámbito del arbitraje internacional, el arbitraje se ha llamado un “club de caballeros” en el que los “jugadores de repetición” y un grupo de “respetables ancianos” del arbitraje internacional se eligen unos a otros precisamente al hallarse inmersos en una tupida red de relaciones, pasadas, presentes y futuras, con las partes. Estos “respetables ancianos” son deseados como árbitros porque pertenecen a culturas lejanas y que tienen gran experiencia sobre las formas de solución de controversias y las partes en conflicto. Por lo tanto, es posible que incurran en una red de “conflictos de interés” de conocimientos, esperanza de futuros trabajos y ventajas personales y financieras. La cuestión es la de si pueden, de hecho, mantener su integridad e imparcialidad (es decir, garantía de no prejuizar el caso) cuando, de hecho, saben mucho sobre las controversias y las partes en disputa. A medida que el uso del arbitraje se expande y el grupo de los que intervienen en el arbitraje se hace más amplio, más joven y más diversificado, una generación más tecnocrática, experta en litigios y de buena formación ética, se ha empezado a exigir una neutralidad más efectiva y una mayor separación respecto de los litigantes y de la disputa¹¹²⁷.

8. Incompatibilidad

A. Jueces

Con el fin de proteger los principios de independencia e imparcialidad, algunas leyes prohíben a ciertas personas actuar como árbitros. Por ejemplo, la derogada Ley de Arbitraje española de 1988 (art. 12,4) establecía la prohibición de que los jueces, magistrados, fiscales, notarios y registradores pudieran actuar como árbitros; el Código Modelo de Conducta Judicial de la ABA (Regla 3.9) también prohíbe a los jueces actuar como árbitros o mediadores; las Reglas de la Institución Alemana de Arbitraje (art. 8,1) contienen la misma prohibición. La razón de esta última prohibición consiste en un aparente conflicto de interés, ya que, si los árbitros que dictan el laudo son jueces, son precisamente jueces –sus colegas– quienes deciden sobre la ejecución del laudo, la ejecución de medidas cautelares y la anulación del laudo.

Con respecto a los jueces, las afiliaciones personales o profesionales ajenas a la judicatura, inevitablemente aumentan el potencial de conflictos de intereses que pueden hacer difícil para los jueces actuar con imparcialidad. Cuando las afiliaciones son de otro género, también puede ser difícil para los jueces seguir siendo verdaderamente independientes sin poner en peligro su carrera profesional fuera de la judicatura. En Europa, por lo tanto, la mayoría de las normas establecen explícitamente limitaciones a las actividades de los jueces, aunque la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la práctica de los Estados Miembros no adoptan una prohibición absoluta de que los jueces intervengan en el mundo de la política¹¹²⁸. En los EE.UU., el Código Modelo de Conducta

1127 Carrie Menkel-Meadow, op. cit.

1128 En Europa, la mayoría de estados que ingresaron recientemente en la EU establecen restricciones para los jueces que ejercen cargos en el ejecutivo, parlamento o como funcionarios. Pero, en algunos países, se permite que los jueces trabajen en el Ministerio de Justicia (República Checa, Polonia, Eslovaquia). En la República Checa y Eslovaquia, los jueces trabajan regularmente en el Ministerio de Justicia a la vez que mantienen sus cargos como jueces. Estonia y Letonia también se plantean introducir esta práctica. En Polonia, los jueces pueden trabajar para el ministerio y continuar administrando casos. Esta práctica socava seriamente la independencia de los jueces. A pesar de las normas

Judicial de la ABA (Regla 3.1) establece que el juez puede realizar actividades extrajudiciales, salvo las prohibidas por la ley o por el Código, pero cuando realice tales actividades, el juez no podrá: a) participar en actividades que puedan interferir con el desempeño adecuado de sus deberes judiciales; b) participar en actividades que lleven frecuentemente a la descalificación del juez; c) participar en actividades que a una persona razonable parecerían que socava la independencia, integridad o imparcialidad del juez; d) inmiscuirse en conductas que a una persona razonable le parecerían coercitivas; ni e) hacer uso de los locales, personal, papel de escritorio, equipos u otros recursos de los tribunales, excepto para usos incidentales.

B. Nacionalidad

En principio, la nacionalidad no es motivo de incompatibilidad. El art. 11 de la Ley Modelo UNCITRAL dice que “salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro”.

Pero, para algunos reglamentos, la nacionalidad es causa de incompatibilidad. Los arts. 6 y 9,5 de las Reglas LCIA establecen que, cuando las partes son de nacionalidades diferentes, el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral no podrá tener la misma nacionalidad que las partes, a menos de que las partes estén de acuerdo en ello. El art. 9.5 del Reglamento de la CCI establece la regla general de que “el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral será de una nacionalidad distinta a la de las partes. El art. 7.2 de las CSID Additional Facility Rules (Arbitration) establece que los árbitros nombrados por el presidente del Consejo Administrativo del ICSID “no podrán ser nacionales del estado parte en la controversia o del estado en que uno de sus nacionales es parte en la controversia”. El art. 1124 de la NAFTA establece también que el presidente del tribunal debe ser nacional de un estado que no sea del estado de las partes contendientes¹¹²⁹. El art. 15.6 de la Ley de Arbitraje española de 2003 dice que, “en el caso de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal también tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados a la vista de las circunstancias concurrentes”.

9. El nombramiento de los árbitros directamente por las partes

“All disputes (if unhappily any should arise) shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and good understanding, two to be appointed by the disputants –each having the choice of one– and the third by those two”.

*George Washington*¹¹³⁰

Los árbitros pueden ser nombrados por la institución arbitral o directamente por las partes. En este último caso, caben tres situaciones:

- las partes nombran a los tres (o más) árbitros;
- las partes nombran al único árbitro;
- las partes nombran cada una de ellas a un árbitro y éstos nombran al tercero

sobre incompatibilidad, en algunos estados los jueces pueden ser nombrados para distintas comisiones o comités en las elecciones (Bulgaria, Letonia, Polonia, Rumania) o derechos humanos (Letonia, donde un miembro del Tribunal Supremo es un asesor). En Bulgaria, trabajar para estas comisiones puede significar considerables ingresos, lo cual incrementa la probabilidad de incentivos e influencias poco apropiadas. Es común que, en algunos estados miembros, a los jueces no se les permita ser miembros de partidos políticos o involucrarse en actividades políticas. Vid. También Sergei A. Beliaev, op. cit.

1129 Esta disposición es similar al art. 20 de las Arbitration Regulations de la World Intellectual Property Organisation.

1130 George Washington, cláusula en su testamento.

El nombramiento puede hacerse previo examen del *curriculum vitae*, *website* o la producción académica del candidato, pero generalmente no suele realizarse si no es tras una entrevista con el candidato. Esta entrevista (de las partes con el candidato), si se realiza adecuadamente, no debe afectar la independencia e imparcialidad del árbitro. Pero se requiere que, durante la misma, no se trate el caso litigioso en detalle ni que el árbitro dé su consejo sobre la forma de proceder o de plantear el caso¹¹³¹.

Es comprensible que, cuando una parte selecciona un árbitro, busca que el mismo tenga alguna inclinación o predisposición a favor del interés de la parte o del caso, por ejemplo, por pertenecer el árbitro a la misma tradición jurídica o cultural de la parte o por mantener posturas doctrinales que, fortuitamente, coincidan con las del caso. Siempre que el árbitro no permita que estas circunstancias no se sobrepongan a su conciencia y a su juicio profesional, ello no tiene porque afectar a su imparcialidad¹¹³².

Por esta razón, el Chartered Institute of Arbitration adoptó en mayo del 2007 unas Directrices para este tipo de entrevistas (“The Interviewing of Prospective Arbitrators”) con carácter de recomendación, utilizables también por no miembros del Instituto. En dichas Directrices se indica, entre otras cosas que en el curso de la entrevista no puede tratarse, directa o indirectamente de: i) las circunstancias y hechos que dan lugar a la disputa; ii) las posiciones y argumentos de las partes; y iii) los argumentos del caso (*merits of the case*).

10. La independencia e imparcialidad en las leyes, reglamentos y códigos

A. Las fuentes de regulación

La independencia y la imparcialidad se rigen por las leyes, los reglamentos de las instituciones y los códigos de ética. Todas estas disposiciones persiguen parecido objetivo, aunque su tratamiento es diferente. La mayoría de estas normas exigen la condición de independencia e imparcialidad de forma directa (p.e. el art. 5.2 de las Reglas de la LCIA, “todo árbitro que lleva un arbitraje de acuerdo con estas Reglas será y permanecerá en todo momento parcial e independiente...”). Otros adoptan una posición indirecta, estableciendo que la falta de alguna de estas condiciones constituye motivo de recusación (p.e. el art. 10.1 de las Reglas UNCITRAL, “cualquier arbitraje puede ser impugnado si se dan circunstancias que den lugar a dudas justificables en cuanto a la independencia o imparcialidad del árbitro”). Finalmente, otras no exigen los requisitos de independencia e imparcialidad, pero imponen a los árbitros que firmen una declaración de que arbitrarán justamente de acuerdo con el derecho aplicable (p.e. las Reglas del ICSID “el juez actuará entre las partes de acuerdo con la ley aplicable, y no aceptará instrucción ni compensación alguna”, que no sea la prevista en el Convenio ICSID).

El juez Posner aclaró en un caso que¹¹³³ “aunque la falta de revelación constituyó una violación importante de las normas éticas aplicables al procedimiento de arbitraje, no se sigue necesariamente de ello que el laudo arbitral deba ser anulado judicialmente ... Las reglas y códigos de arbitraje no tienen fuerza de ley. Si [una parte] quiere conseguir que el laudo arbitral sea anulado, debe hacerlo de conformidad con la ley... La AAA (American Arbitration Association) se halla en competencia, no sólo con otros servicios de arbitraje privado que venden una forma atractiva de resolución de controversias. Puede fijar sus criterios tan altos o bajos como considere que lo desean sus clientes. La FAA (Federal Arbitration Act) tiene un propósito diferente – hacer que los arbitrajes sean eficaces poniendo la fuerza coercitiva de los tribunales federales tras los decretos de arbitraje que afectan el comercio interestatal o de otra manera el interés federal... Las normas para la intervención judicial,

1131 Lew, Mistelis y Kroll, op. cit., p. 260.

1132 Dock Bishop y Lucy Reed, “Practical guidelines for interviewing, selecting and challenging party-appointed arbitrators”, *International Commercial Arbitration*, vol. 14, no. 4, p. 395.

1133 *Merit Ins. Co v. Leatherby Ins. Co.*, 714 F 2d 673 (7 Cir. 1983).

por lo tanto, están redactadas estrictamente para garantizar la integridad básica del proceso arbitral sin inmiscuirse en él. La Sección 10 está llena de palabras como “corrupción”, “mala conducta” (*misbehavior*) y “fraude”. Las normas que establece constituyen criterios mínimos. El hecho de que la AAA vaya más allá de las normas legales en la elaboración de su propio código de ética no reduce el umbral de la intervención judicial”.

B. Las leyes

Muchas leyes exigen expresamente que los árbitros sean a la vez independientes e imparciales. Para dar algunos ejemplos, el art. 13.6 de la Ley de Arbitraje de Brasil de 1996 establece que el árbitro debe llevar a cabo sus actividades con imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción; el art. 4.2 del Código de Arbitraje de Escocia de 1999 dispone que el árbitro deberá ser y permanecer en todo momento independiente e imparcial; el art. 1640 del Código Judicial de Bélgica señala que el juez y el árbitro deben ser independientes e imparciales; la FDA de EE.UU. (610.a.2) permite a los tribunales anular el laudo cuando existe evidente parcialidad del árbitro, etc.

Otras leyes, en cambio, exigen sólo uno de los dos requisitos, bien la independencia o bien la imparcialidad, con lo que suponen la exigencia de la otra obligación. Tal es el caso, por ejemplo, de la Sección 8 de la Ley de Arbitraje de Suecia de 1999, que establece sólo que el árbitro debe ser imparcial; el art. 180 del Ley Federal suiza sobre Derecho Internacional Privado se refiere sólo a la independencia; y el art. 24 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 establece que el árbitro puede ser descalificado por el motivo de falta de imparcialidad o de no conducir el procedimiento adecuadamente. Otras leyes sólo indirectamente requieren que el árbitro sea imparcial e independiente, ya que sólo exigen que el árbitro revele los motivos que pueden dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia o imparcialidad, pero no imponen la obligación explícitamente. Este es el caso, por ejemplo, de la Ordenanza del Proceso Civil de Alemania 1984, siguiendo el ejemplo del art. 12 del Ley Modelo UNCITRAL de 1985.

C. Reglamentos de las instituciones

La mayoría de los reglamentos de las distintas instituciones arbitrales se refieren también ineludiblemente a la necesidad de independencia e imparcialidad de los árbitros. Este es el caso, por ejemplo, del art. 7 del Reglamento del Arbitraje Internacional de 1997; el art. 5.2 de las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA); el art. 22 de las Reglas de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI (o WIPO en sus siglas inglesas)); el art. 4 de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL; el art. 5 del Reglamento de Arbitraje de la RCP, del Instituto de Resolución de Disputas; y el art. 29 Reglas del de China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC); el art. 12,2 del Ley Modelo UNCITRAL de 1985; el art. 3,2 del Reglamento de Arbitraje del Institute of Chartered Arbitrators; el art. 8,1 del Reglamento de Arbitraje del Instituto Alemán de Arbitraje; el art. 9 de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya; el art. 6 del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo; el art. 5.5 del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara Económica Federal de Viena; el art. 6.4 del Estatuto de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria Búlgara; el art. 9 de las Reglas del Singapore International Arbitration Center (SIAC); el art. 13.2 del Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona que establece que “el árbitro deberá comunicar por escrito al TAB su aceptación o cualquier circunstancia que a su juicio obste a su libertad o independencia”; etc.

Pero, al igual que ocurre con las leyes, algunos centros de arbitraje sólo se refieren a la independencia, de forma que la imparcialidad se subsume en el concepto de independencia. Por ejemplo, el Reglamento de la CCI no requiere específicamente a un árbitro ser imparcial, sino “ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje” (art. 7,1) aunque reconoce el deber fundamental del árbitro de “actuar justa e imparcialmente” (art. 15.2) y que puede ser recusado en una alegación de “falta de independencia o en cualquier otro motivo” (art. 11.1). Véanse, además, el art. del 10

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Ginebra, el art. 2 del Reglamento de Procedimiento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones, el art. 12 de la Conferencia de la Ley Uniforme de Arbitraje de la Conferencia Nacional de Comisionados sobre las Leyes Uniformes Estatales de EE.UU. de 2000, etc.

Como hemos visto (Tercero, II, 4), las normas del ICSID hacen referencia a que el árbitro debe ejercitar “un juicio independiente” que la jurisprudencia ha considerado comprende los dos requisitos de independencia e imparcialidad.

D. Los códigos de ética.

Aunque prácticamente todos los reglamentos exigen que el árbitro sea independiente, imparcial o ambas condiciones, en los códigos de conducta o de ética esta exigencia suele estar generalmente definida y ampliada. Por ejemplo:

- The Guidelines of Good Practice for Arbitration de la Chartered Institute of Arbitrators. El art. 2 exige que, antes de que el árbitro se convierta en árbitro, acepte el cargo sin prejuicios o apariencia de prejuicios; el art. 3 define los criterios para determinar si existe imparcialidad e independencia.

- The Guide to the Conduct of Arbitration Proceeding del German Institute of Arbitration. El art. 1 establece como condición para aceptar el cargo de miembro de un tribunal de arbitraje el ser imparcial e independiente de las partes.

- The Rules of Ethics for International Arbitrators de la International Bar Association (IBA). La nota introductoria señala que “los árbitros internacionales deben ser imparciales, independientes, competentes, diligentes y discretos”; el punto 1 establece que los árbitros están y seguirán estando libres de prejuicios.

- The Code of Ethics for Arbitrators de la Chamber of National and International Arbitration de Milán. El Art. 4 establece que el árbitro deberá garantizar su imparcialidad mediante ser y permanecer independiente de cualquier influencia externa, directa o indirecta, durante todo el procedimiento arbitral.

- The Code of Ethics for Arbitrators for Commercial Disputes patrocinado por la American Arbitration Association (AAA) y la American Bar Association (ABA) (Canon II) contiene el principio de que los árbitros deben revelar la existencia de intereses o de relaciones que puedan afectar a su imparcialidad o que puedan razonablemente crear una apariencia de que están inclinados en favor o en contra de una parte.

- The Japan Commercial Arbitration Association Rules. El art. 20 establece que no puede ser árbitro la persona que tenga un interés beneficioso en el caso sometido a arbitraje.

- The Rules de la London Court of International Arbitration (LCIA). El art. 5.2 requiere que todos los árbitros que intervengan en un arbitraje de acuerdo con sus reglas deberán ser y permanecer totalmente independientes e imparciales y no podrán actuar como defensores de las partes.

- The Rules del International Arbitral Centre de la Federal Economic Chamber of Viena. El art. 5.5 dispone que el árbitro debe ejercer sus funciones con total independencia e imparcialidad y no estar sujeto a directriz alguna en este respecto.

- The National Arbitration Forum Code for Arbitrators. El Canon 2 establece que “el árbitro debe evitar cualquier relación financiera, comercial, profesional, familiar o social, o adquirir cualquier interés financiero o personal, que afecte negativamente su imparcialidad o que pudiere crear la apariencia razonable de parcialidad o sesgo”.

- The Code of Ethics for Arbitrators de la Permanent Court of Arbitration adjunto a la Chamber of Commerce and Industry de Eslovenia establece que, durante el procedimiento, el árbitro deberá actuar imparcialmente y deberá ser visto actuando con imparcialidad (art. 2.1).

10. La independencia y la imparcialidad de los árbitros nombrados por las partes (*party-appointed arbitrators*) en los EE.UU.

A. Los árbitros nombrados por las partes

A menudo, cada una de las partes en un arbitraje nombra a un árbitro (*party-appointed arbitrators*) y el tercero es nombrado por los otros dos nombrados por las partes o por una institución arbitral que actúa como presidente (*chair*).

En algunas jurisdicciones, como veremos, los árbitros nombrados por las partes tienen un “status” especial. Estos árbitros, lógicamente conocidos por las partes, en ocasiones, sus honorarios son pagados por la parte que los nombra, reciben información de la parte sobre el problema litigioso y la prueba, pueden tener contactos individuales con dicha parte e informarle de las deliberaciones del tribunal, e incluso se discute si pueden hacer algo conveniente para los intereses de las partes. Se ha dicho¹¹³⁴ que estos árbitros ocupan una posición incómoda y ambigua, quizá no plenamente como “abogados”, pero tampoco exactamente como jueces.

B. El Código de la American Arbitration Association y la American Bar Association (AAA / ABA) 1977

Efectivamente, la absoluta independencia e imparcialidad que se exige comúnmente de los árbitros se suaviza en algunas jurisdicciones con respecto a los árbitros nombrados por las partes (*party-appointed arbitrators*). En concreto, en los EE.UU. ha existido tradicionalmente una diferencia entre la función y las normas éticas aplicables a los árbitros nombrados por las partes y las de los demás árbitros (*neutrals*) cuya absoluta independencia e imparcialidad se exige. Mientras que fuera de los EE.UU. normalmente se requiere que los árbitros nombrados por las partes sean independientes e imparciales como cualquier otro árbitro (por ejemplo, el art. 7 (1) del Reglamento de la CCI, el art. 5.2 del Reglamento LCIA, el art. 12,2 de las Reglas Modelo UNCITRAL, el art. 7.1 de las Normas de CPR, la nota introductoria del Reglamento de Ética para el Arbitraje Internacional de la IBA, etc.), en los EE.UU., el árbitro nombrado por las partes no se ha visto tradicionalmente obligado a observar las normas de independencia e imparcialidad con el mismo nivel que se impone a los árbitros no designados por las partes (*neutrals*)^{1135 1136}. Los tribunales de los EE.UU. han declarado que los árbitros nombrados por las partes “se espera que sean defensores y (no) se hallan regulados por las normas de acuerdo con las cuales operan los neutrales”. La razón para ello es asegurar que la posición de cada parte sea clara y efectivamente presentada ante el tribunal arbitral.

Por eso, el Canon VII del Código AAA / ABA for Arbitration in Commercial Disputes (Código “AAA / ABA”) 1977¹¹³⁷ durante cerca de treinta años ha admitido que, en el arbitraje tripartito, las partes esperan que los dos árbitros designados por ellas pueden estar “predispuestos” hacia la parte que los designó. El Canon X describía las obligaciones éticas que los árbitros nombrados por las

1134 S.R. Alan, “On integrity in private judging”, *Arbitration International*, 1998, p. 123.

1135 Existe una copiosa literatura sobre los árbitros nombrados por las partes en los EE.UU. Vid, por ejemplo, M. Scott Donahey, “The independence and neutrality of arbitrators”, *Journal of International Arbitration*, vol. 9, no. 4, 1992; John Townsend “Clash and convergence on ethical rules in international arbitration”; Bruno Manzanera Bastida, “The independence and impartiality of arbitrators in international commercial arbitration from a theoretical and practical perspective”, info@tradelex.com; Olga K. Byrne, “A new code of ethics for commercial arbitrators: The neutrality of party-appointed arbitrators on a tripartite panel”, *Fordham Urban Law Journal*, 1 septiembre 2003. Robert Taichert, “Why not provide for neutral party-appointed arbitration?”, *Dispute Resolution Journal*, nov. 2002-enero 2003. David Bronson, “American party-appointed arbitrators –not the three monkeys”, *University of Dayton Law Review*, vol. 30:1, 2004.

1136 *Sphere, Drake Ins. Ltd. v. All American Life Ins. Co.* 307 F.3d 617 (7th circuit 2002).

1137 El Código de Ética para Árbitros en Disputas Comerciales de la AAA/ABA fue redactado por diversos comités de la AAA y de la ABA en 1977 y aprobado y ampliamente difundido por ambas organizaciones y ha sido citado por muchos tribunales federales y estatales.

partes debían observar y las que no les eran aplicables. Efectivamente, el Canon VII permitía a los árbitros: a) estar “predispuestos” hacia la parte que los nombró^{1138 1139}, y b) mantener comunicaciones con la parte que las nombró sujetas solamente a la obligación general de “actuar de buena fe, con integridad, justicia y equidad (*fairness*)”.

Si bien la posible no neutralidad de estos árbitros está admitida en el derecho de los EE.UU., existen límites a su partidismo. La jurisprudencia americana ha declarado que, aún cuando el árbitro no se considere neutral, no está “exento de sus obligaciones éticas ni de la obligación de participar en el proceso arbitral de una manera justa, honesta y de buena fe”¹¹⁴⁰.

No obstante, en los EE.UU. ha habido un largo e intenso debate sobre la conveniencia de permitir que los árbitros nombrados por las partes no fuesen neutrales. Los contrarios a ello consideran que el sistema de árbitros no neutrales genera una mala reputación para la práctica del arbitraje y que resulta éticamente inadecuada y perjudicial para la credibilidad de los árbitros. Afirman que los árbitros no neutrales son más propensos a participar en tácticas de presión éticamente cuestionables para promover los intereses de la parte que los nombró, tales como prolongar los procedimientos arbitrales, llegar tarde a las audiencias, amenazar con renunciar al cargo si el laudo no es completamente satisfactorio o retrasar el nombramiento del tercer árbitro. En cambio, los que apoyan el uso de árbitros no neutrales consideran que los mismos constituyen una consecuencia de la autonomía de la voluntad, y sostienen, además, que en el arbitraje internacional, los árbitros nombrados por las partes son útiles como intérpretes de la cultura de las partes y que, a diferencia de los jueces, pueden provenir de la misma industria y tener una formación similar a la de las partes. Algunos alegan también que el uso de los árbitros no neutrales facilita los acuerdos transaccionales entre las partes¹¹⁴¹.

Esta práctica pugna abiertamente con la tendencia general en el arbitraje internacional, que se inclina fuerte y sólidamente a favor de un conjunto uniforme de estándares de independencia e imparcialidad aplicables y respetables por todos los miembros del tribunal y a que todos los árbitros, incluidos los de parte, deban ser totalmente independientes e imparciales. Internacionalmente, se considera que todo árbitro, con facultades similares a los de un juez, y a veces incluso más amplias, debe ser absolutamente independiente e imparcial respecto a ambas partes¹¹⁴².

1138 En *Sunkist Soft Drinks v. Sunkist Grovers* 10 F 3d 753, 11th Cir. 1993, donde el árbitro nombrado por las partes conferenciaba con la parte, su asesor y su testigo y, en consecuencia, ayudaba a la parte a preparar su caso, el tribunal sostuvo que tal predisposición por un árbitro nombrado por la parte no era en sí misma suficiente para anular el laudo, a menos que dicho árbitro no actuara en buena fe y con integridad y justicia.

1139 En *Delta Mine Holding Co. v. AFC Coal Properties, Inc.*, 280 F. 3d 815 (81h Cir. 2001) se trataba de la naturaleza extensiva de la implicación del árbitro nombrado por la parte en la preparación del caso. El tribunal examinó el 9 USC 610 (a) (2) en su norma de “evidente parcialidad”. El tribunal argumentó tres razones por las que el tribunal del distrito se equivocó al anular el laudo en base a ese motivo. Primero, la parte impugnante no había planteado el problema durante el proceso de arbitraje, y por ello renunciaba a su derecho de plantear el problema. Segundo, aunque el tribunal del distrito fue fácticamente justo al declarar que el árbitro nombrado por la parte no-neutral era parcial, esto era exactamente el tipo de arbitraje al cual ambas partes habían convenido. En otras palabras, el acuerdo de arbitraje contemplaba expresamente la elección de personas nombradas por las partes con intereses financieros sustanciales y con deberes de lealtad hacia una parte. Tercero, el tribunal declaró que la parte impugnante no pudo demostrar que la “evidente parcialidad” del árbitro tuvo un efecto perjudicial en el resultado de la deliberación.

1140 *Metropolitan Property v. JC Penney Cas Ins Co.*, 780 F Supp. 885, 892 (D. Conn 1991) y todavía “tienen la responsabilidad de ser desinteresados” (*Floralsynth, Inc. v. Pickholz* 750F 2d 171, 173 (2d Cir. 1984).

1141 Ver, por ejemplo, Olga K. Byrne, “A new code of ethics for commercial arbitrators: the neutrality of party-appointed arbitrators on a tripartite panel”, *Fordham Urban Law Journal*, septiembre 2003.

1142 René David, “L’arbitrage dans le commerce international”, *Editorial Económica*, 1982. Con objeto de proteger la independencia e imparcialidad de los árbitros nombrados por las partes, se contemplan algunas soluciones. Por ejemplo, el CPR Institute for Dispute Resolution, en sus reglas revisadas (Regla 5.4 d), contempla una selección opcional “screened” de árbitros nombrados por las partes, designados” de tal forma que los árbitros no sabrían quién les eligió”. Las partes que desean seguir este procedimiento son proveídas de una copia del CPR “Panel de Neutrales Distinguidos”, y cada parte debe designar tres candidatos, en orden de preferencia, como “candidatos a árbitro designado por la parte”. Una parte puede objetar cualquier nombramiento por motivos “de independencia e imparcialidad, por notificación escrita y argumentada al CPR”, el cual deberá tomar la decisión final respecto a cualquier objeción.

C. La revisión del Código AAA / ABA 2004¹¹⁴³ (reversión de la presunción)

El tratamiento tradicional del árbitro nombrado por las partes experimentó un cambio radical como consecuencia de la revisión del Código AAA / ABA en 2004. Dando un giro de ciento ochenta grados, la revisión estableció una presunción de neutralidad de todos los árbitros, incluidos los árbitros nombrados por las partes, en contraste con el Código de 1977, que establecía una presunción de no neutralidad de los árbitros nombrados por las partes. En el marco del Código de 1977, en todos los arbitrajes tripartitos, los dos árbitros designados por las partes debían considerarse “no neutrales a menos que ambas partes informaran a los árbitros que los tres árbitros debían ser neutrales o a menos que el contrato, las reglas de arbitraje o la ley aplicables exijan la neutralidad de los tres árbitros” (Código 1977, Canon VII). El Código de 1977 reflejaba, pues, el carácter partidista de estos árbitros desarrollado tradicionalmente en los EE.UU. En el marco del Código de 1977, pues, en ausencia de acuerdo en contrario, las leyes aplicables o las normas de arbitraje, la falta de neutralidad era el estado por defecto aplicado a los árbitros nombrados por las partes en los arbitrajes tripartitos.

La Revisión de 2004 invierte la anterior presunción de no neutralidad del Código de 1977 y establece en su lugar una presunción de neutralidad de todos los árbitros. Esta presunción aparece en el Preámbulo – Nota sobre la neutralidad: “Este Código establece una presunción de neutralidad para todos los árbitros, incluidos los árbitros nombrados por las partes, que se aplica salvo que el acuerdo de las partes, las reglas de arbitraje acordadas por las partes o la legislación aplicable dispongan otra cosa”.

A pesar de la presunción de neutralidad, en algunos arbitrajes nacionales las partes podrán seguir prefiriendo que los árbitros por ellos designados no sean neutrales si así lo desean. Reconociendo que éste puede ser el caso, la revisión de 2004 permite a los árbitros nombrados por las partes actuar como no neutrales, pero sólo cuando se demuestre que “todas las partes” esperan que los dos árbitros designados por las partes pueden estar “predispuestos” hacia la parte que los nombra. El Canon IX.B. de la revisión se refiere a los árbitros que son designados como no neutrales como “árbitros del Canon X” porque el Canon X es el que establece las obligaciones especiales de ética de los árbitros nombrados por las partes que no se espera cumplan las normas de neutralidad. Estas disposiciones permiten la continuidad de la práctica nacional tradicional de árbitros no neutrales en algunos tipos de arbitrajes tripartitos. El Canon X establece que los árbitros deben observar todas las obligaciones éticas prescritas por la Revisión de 2004, excepto aquéllas de las que están específicamente exceptuadas por el Canon X¹¹⁴⁴.

11. La revelación

A. Deber de revelación.

El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante el procedimiento de arbitraje, debe revelar o poner de manifiesto todos los hechos o circunstancias que puedan dar lugar a dudas razonables relativas a su independencia o imparcialidad. El deber de revelación no expira con el lapso del tiempo antes de la aceptación, sino que perdura durante todo el procedimiento del arbitraje. El incumplimiento de la obligación de revelar tal información crea una apariencia de parcialidad, y puede ser por sí mismo motivo de descalificación.

“Ni el CPR ni las partes deberán aconsejar o facilitar información o indicación a ningún árbitro o candidato a árbitro en cuanto a qué parte lo designa”. Vid Rau, Sherman and Peppet, op. cit., p. 852.

1143 Existen muchos artículos que comentan esta revisión. Por ejemplo, Chiara Giovannucci Orlandi, “Ethics for international arbitrators”, 67 UMKC Law Review, Fall 1998; Olga K. Byrne, “A new Code of Ethics for commercial arbitration”, Fordham Urban Law Journal, septiembre 2003. John M. Townsend, “Clash and convergence on ethical issues in international arbitration”, The University of Miami Inter-American Law Review, vol. 16, no. 1, otoño 2004. Jean-François Poudret y Sébastien Besson, *Corporative law of international arbitration*, p. 346.

1144 Informe a la ABA House of Delegates sobre la revisión de 2004 del Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes.

El art. 12.1 de la Ley Modelo UNCITRAL establece que, “la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro, deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas”.

Las leyes, reglamentos y códigos fortalecen y amplían cada vez más, si cabe, la obligación de revelación para proteger la justicia de los laudos y la institución del arbitraje en sí. Mientras unos pocos se lamentan de que tanta revelación es engorrosa y lenta, otros argumentan que la obligación de investigar los posibles conflictos es trascendental y que debe recaer principalmente en las propias partes. El alcance e implicaciones de la obligación de investigar los conflictos de interés sigue siendo uno de los más interesantes y difíciles zonas del arbitraje en materia de ética y ejecución de los laudos, dado que la existencia de conflictos de interés es uno de los motivos cada vez más utilizados por la parte perdedora al impugnar el laudo arbitral¹¹⁴⁵.

Un uso inadecuado del proceso de revelación puede anular el laudo invalidando todo el procedimiento, dado que la confianza que las partes conceden el árbitro es de tal naturaleza que la imparcialidad constituye la noción subyacente de todo el proceso. El hecho es que, cuando se descubre una relación anterior de cualquier tipo, más aún las profesionales entre el árbitro (percibido como una figura neutral del proceso) y la parte, el sistema de confianza que conforma el arbitraje quiebra, dando lugar a controversias judiciales. En el procedimiento *International of Theatrical Stage Employees and Moving Picture Machine Operators of US and Canada, Local N ° 16 v. Laughon, II 8 Cal. App. 4th 1380, 14*, promovido por un sindicato en contra de uno de sus miembros para confirmar un laudo arbitral, el miembro de referencia intentó anular el laudo. El tribunal de apelación sostuvo que: (1) el árbitro neutral estaba obligado a revelar un arbitraje previo que involucraba a los abogados del sindicato; (2) el miembro no renunció a la objeción de falta de revelación; y (3) la falta de revelación fué motivo de anulación del laudo.

Una relación financiera o comercial entre el árbitro y una de las partes en un arbitraje constituye una razón clara de impugnación sobre la base de la falta de independencia o de parcialidad. En tales casos, debe adoptarse una visión práctica acerca de si la relación en cuestión puede tener repercusiones sobre la imparcialidad del árbitro. Una impugnación en base a una relación pasada tiene menos probabilidades de tener éxito que otra basada en una relación económica o profesional continuada, si bien cada impugnación debe ser analizada por sus propios méritos.

B. Naturaleza de la revelación.

La declaración de la revelación recae sobre el árbitro. En el arbitraje internacional, el poner de manifiesto las circunstancias que afectan la independencia o la imparcialidad es particularmente importante dado que las partes pertenecen a diferentes países y culturas y están en peores condiciones para tener acceso a la información sobre los árbitros.

En algunas legislaciones de países de derecho civil, los criterios para recusar a los árbitros constituyen una mera extensión de los aplicados a los jueces. Este es el caso, por ejemplo, de Italia (arts. 51, 815 y 836 del Código de Procedimiento Civil italiano). En el sistema jurídico alemán, las partes tenían el derecho a recusar a los árbitros sólo por los mismos motivos que los previstos para los jueces del estado (art. 1032 del ZPO). Esta disposición fue modificada por la Sección 1036 ZPO según la cual los árbitros tienen que revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad. En Bélgica (art. 1690 del Código de Procedimiento Civil), no se ha hecho distinción entre el árbitro y el juez estatal en lo que se refiere a las razones para la recusación; sin embargo, el art. 1.692 de este Código, autoriza a las partes a descalificar a los árbitros que pertenecen a ciertas categorías de personas. Además, en base al art. 1.692 las partes tienen derecho a recusar a los

1145 Carrie Menkel-Meadow, op. cit.

árbitros en caso de que las cualidades requeridas de los miembros del tribunal arbitral sean distintas de las que las partes han acordado. A diferencia de la anterior Ley de Arbitraje española 1988 (art. 17.1) en que los árbitros podían ser recusados por las mismas causas que los jueces, actualmente, de conformidad con la Ley de 2003 (art. 18.3), el árbitro “sólo puede ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes¹¹⁴⁶.”

C. Contenido y control de la revelación.

Las circunstancias que deben ponerse de manifiesto comprenden las eventuales relaciones, pasadas o presentes, con las partes, el interés en el resultado del arbitraje y los prejuicios. Con el fin de estimular la revelación y evitar la negligencia o mala fe de los árbitros, algunas instituciones arbitrales exigen a los árbitros, al ser invitados a aceptar el cargo, rellenar cuestionarios detallados, que incluyen una serie de preguntas sobre la independencia e imparcialidad.

Hay que tener presente que, ante una invitación a ser árbitro en una controversia cualquiera: a) si el candidato considera que en él concurren hechos o circunstancias que limitan o condicionan su independencia o su imparcialidad, el candidato no debe revelarlas, sino que pura y simplemente debe declinar o renunciar a la invitación (o renunciar a su cargo si dichos hechos o circunstancias sobrevienen en el curso del arbitraje); y b) si el candidato considera que su situación es de independencia e imparcialidad, pero que existen hechos o circunstancias que pueden engendrar dudas sobre las mismas, en tal caso surge la obligación de revelar.

Para comprobar si los hechos o circunstancias pueden dar lugar a dudas sobre la independencia o la imparcialidad, se suele exigir una prueba objetiva y, en ocasiones, también una prueba subjetiva.

La prueba objetiva es aquella que considera justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos llegaría razonablemente a la conclusión de que la posición del árbitro podría verse influenciada por factores distintos a los méritos sustantivos del caso presentados por las partes. Esta prueba es exigida en la mayoría de textos normativos y especialmente útil para comprobar la independencia.

En ocasiones se exige además otra prueba subjetiva en virtud de la cual se tienen en cuenta la opinión de las partes sobre la existencia de hechos o circunstancias que pudieran hacer dudar acerca de la independencia o imparcialidad del árbitro y especialmente por esta última.

Las declaraciones del árbitro sobre los hechos o circunstancias engendradoras de dudas deben ser dirigidas a las partes en el arbitraje *ad hoc* o a la institución arbitral, que informará a las partes, las cuales dispondrán de un período de tiempo para plantear cualquier cuestión.

D. Momento de la revelación.

El árbitro propuesto debe poner de manifiesto las circunstancias que alguien puede considerar que impiden una resolución adecuada antes del nombramiento, pero la obligación de revelación es una obligación continuada y el árbitro deberá hacer la revelación si las circunstancias aparecen en el curso del arbitraje¹¹⁴⁷.

F. La obligación de revelación en las leyes y en las normas éticas

a. Las leyes. En general, las leyes de arbitraje obligan a los árbitros a revelar las circunstancias personales que puedan afectar su independencia o imparcialidad antes de aceptar su cargo y esta-

1146 Chiara Givoannuci Orlandi, “Ethics for International Arbitrators” *UMKC Law Review*, otoño 1998.

1147 Vid., por ejemplo, la Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje ICSID.

blecen que las partes pueden rechazar el nombramiento de un árbitro o pedir que se anule un laudo por parcialidad.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos de independencia e imparcialidad, los árbitros designados están obligados a revelar a las partes todos los hechos que pueden ser importantes para juzgar su imparcialidad e independencia. Esta obligación está contenida en la mayoría de legislaciones en materia de arbitraje (por ejemplo, art. 12.1 Ley Modelo UNCITRAL; art. 12 Ley de Arbitraje sueca; art. 1452 del Código de Procedimiento francés; art. 1034 Código de Procedimiento de los Países Bajos; 17.2. Ley Española de Arbitraje de la Ley 2003). Sin embargo, en otras, como en la Ley de Arbitraje inglesa y en la Ley de Derecho Internacional Privado suiza, no aparece de forma explícita la obligación de divulgar.

b. Las normas de las instituciones de arbitraje. Todas las reglas de las instituciones de arbitraje imponen a los árbitros la obligación de poner de manifiesto cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas respecto a su independencia o imparcialidad antes y después del nombramiento. Por ejemplo, el art. 9 del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL de 1976; el art. 7 del Reglamento de Arbitraje de la RCP 1992; el art. 22 de las Reglas de Arbitraje de la OMPI de 1994; el art. 5.3 de las Reglas LCIA 1998; el art. 7 del Reglamento de la CCI de 1998; el art. 7 de las normas de Arbitraje Internacional de Normas de 2001 de la AAA; el art. 12 de la Ley de Arbitraje de la Conferencia Nacional de Comisionados sobre la uniformidad de Leyes Estatales de 2000; el Canon del Código AAA / ABA 6.5 del Estatuto de Arbitraje del Tribunal de Justicia de la Cámara de Comercio e Industria Búlgara y el art. 14.3 de las Reglas de dicho tribunal; el art. 9.2 de las Reglas del Singapore International Arbitration Center. El art. 25 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje establece, por ejemplo, que “los árbitros designados están obligados a poner de manifiesto cualquier circunstancia que pueda generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, debiendo poner de manifiesto inmediatamente cualquier circunstancia sobrevenida que pueda motivar su recusación”.

c. Las normas éticas. La Regla 4 de las Normas de Ética para el Arbitraje Internacional de la IBA de 1987, establece que “un árbitro debe revelar todos los hechos o circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia”. El Canon II del Código ABA / AAA de 2004 establece que: “un árbitro debe revelar cualquier interés o relación que pueda afectar la imparcialidad o que pudiera crear una apariencia de parcialidad o prejuicios”. En el mismo sentido, el art. 4 de las Directrices de Buenas Prácticas para árbitros del Instituto Colegiado de Árbitros y el art. 5 del Código de Ética para árbitros de la Cámara e Internacional de la Cámara Arbitraje de Milán.

12. La publicación de decisiones de recusación de árbitros

A pesar de que muchas instituciones arbitrales dudan sobre la conveniencia de publicar los laudos arbitrales basándose en el principio de confidencialidad, la cuestión de la independencia e imparcialidad de los árbitros es tan importante que algunas de las más importantes, como es el caso de la LCIA, han decidido publicar resúmenes de las decisiones en que los árbitros son recusados. La CCI publica también los laudos arbitrales con fines de estudio e investigación, sin revelar el nombre de las partes en *Clunet* y en el *ICCA Yearbook of Commercial Arbitration* y en el *Boletín de la CCI*.

Por lo que respecta al Convenio ICSID, el secretariado sólo puede publicar el laudo en su integridad con el consentimiento de ambas partes. No obstante, tras la revisión operada en 2006, el ICSID puede publicar revisiones de los fundamentos jurídicos de los laudos.

Cuarto. Las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional^{1148 1149}

I. Diferente apreciación de las circunstancias que afectan la independencia y la imparcialidad

Los conflictos de interés –en la política, en los negocios, en la práctica profesional– constituyen una cuestión que plantea problemas difíciles y que atrae la atención tanto de los juristas como de los especialistas en ética¹¹⁵⁰.

Los problemas de los conflictos de interés afectan cada vez más el arbitraje internacional. La globalización y el incremento del comercio internacional, los proyectos en los que intervienen muchas empresas, a menudo de distintos países, y el crecimiento del tamaño de muchos despachos internacionales de abogados hace que aumenten los conflictos y con ello la obligación de revelar circunstancias que pueden limitar la independencia e imparcialidad del árbitro o de los candidatos a serlo. El árbitro se halla a menudo vacilante acerca de qué circunstancias deben ser reveladas, y pueden tener diferentes opciones de revelación que otros árbitros en la misma situación.

En el arbitraje internacional, es difícil determinar los criterios y parámetros que deben seguirse para decidir la independencia y la imparcialidad del árbitro. Las distintas culturas y tradiciones tienen diferentes visiones sobre las circunstancias particulares que pueden afectar a la independencia o la imparcialidad del árbitro. Así, las partes, los árbitros, las instituciones y los tribunales se enfrentan a decisiones complejas sobre lo que se debe revelar y qué criterios utilizar. Además, las instituciones y los tribunales se encuentran a decisiones difíciles cuando se enfrentan a objeciones o recusaciones de un árbitro planteadas después de que éste ha dado a conocer ciertas circunstancias.

Hay una tensión entre, de un lado el derecho de las partes a la divulgación de las situaciones que puedan poner en tela de juicio la imparcialidad o independencia de un árbitro y su derecho a un proceso con las garantías debidas y, por otro el derecho de las partes para seleccionar árbitros con toda libertad. A pesar de que las leyes y las normas de arbitraje establecen algunos criterios, carecen del detalle en su orientación y de falta de uniformidad en su aplicación. Como resultado, los miembros de la comunidad del arbitraje internacional con frecuencia aplican normas diferentes en la toma de decisiones relativas a la revelación, objeciones y recursos.

II. El desarrollo de normas internacionales

La Comisión de Arbitraje y ADR (Comité D) de la IBA designó un Grupo de Trabajo de 19 expertos en arbitraje internacional provenientes de 14 países¹¹⁵¹ para estudiar las leyes nacionales,

1148 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 22 mayo 2004.

1149 Sobre las Directrices de la IBA, ver Otto L. O. de Wilt Winjen (el presidente del Grupo de Trabajo), Nathalie Voser y Neomi Rao, “Background information on the IRA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, *Business Law International*, vol. 5, no.3, septiembre 2004, pp. 433-458; David A. Lawson, “Impartiality and Independence of International Arbitrations. Commentary on the 2004 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, *ASA Bulletin*, vol. 23, no. 1, 2005, pp. 22 y 55; Markham Ball, “Probity deconstructed: How helpful, really, are the new International Bar Association Guidelines on conflicts of interest in international arbitration?”, *Arbitration International*, 2005, p. 323; Leon Trakman, “The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered”, *University of New South Wales Faculty of Law Research Series*, 2007, paper 25, p. 2; Hilmar Raeschke-Kessler, op. cit., p. 655; Gary Born y Rachael Kent, “The Internationalisation of International Commercial Arbitration”, *Wilmer*, 22 February 2005, p. 22.

1150 En relación con los conflictos de interés en la profesión de abogado, vid. Ramon Mullerat “The service of two masters. Lawyer’s conflicts of interest. With a proposal for the revision of art. 3.2 of the CCBE Code of Conduct, a commentary of the ABA Rules and some reflexions for a global harmonization of rules”. En relación con los conflictos de los árbitros, vid. Ramon Mullerat, “Arbitrators’ conflicts of interest revisited: a contribution to the revision of the excellent IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration”, en proceso de publicación en la IBA *Dispute Resolution International*.

1151 Estos expertos fueron (nombres en nota 1 de las Directrices sobre Conflictos de interés de la IBA en español)

decisiones judiciales, reglas de arbitraje y consideraciones prácticas relativas a la imparcialidad y la independencia y la divulgación en el arbitraje internacional, con objeto de contribuir a regular el proceso decisorio en esta materia. El Grupo de Trabajo confirmó que las normas existentes carecían de la aludida suficiente claridad y uniformidad en su aplicación. En un esfuerzo por introducir cierta uniformidad internacional y proporcionar directrices tanto para los árbitros como para las instituciones, el Grupo de Trabajo creyó que podría alcanzarse una mayor coherencia y menos problemas innecesarios y renunciadas y abstenciones de árbitros creando unas listas de situaciones específicas que, en opinión del Grupo de Trabajo, exigen o justifican la revelación o la descalificación de un árbitro. Tales listas denominadas Roja (Renunciables y no renunciables), Naranja y Verde (las “Listas de Aplicación”) – se contienen al final de las Directrices.

El Grupo de Trabajo redactó dos proyectos de Directrices (el 7 y 15 de octubre de 2002 y 22 agosto 2003¹¹⁵²). El Grupo de Trabajo recibió muchos comentarios contradictorios sobre qué situaciones deben entrar dentro de las diferentes listas. Mientras que la independencia judicial puede permanecer, en gran parte, como una cuestión de jurisdicción nacional, teniendo en cuenta las costumbres locales, la cultura y la historia jurídica, la formulación de normas universales de independencia e imparcialidad en el arbitraje internacional requiere el equilibrio de los diferentes intereses: los intereses contrapuestos de las partes, los intereses de los árbitros y los de la institución arbitral. El proyecto fue finalmente aprobado el 22 mayo de 2004 por el Consejo de la IBA como “Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional”^{1153 1154}.

Las Directrices no son disposiciones legales y no derogan ninguna ley nacional aplicable o las normas de arbitraje elegidas por las partes. Sin embargo, el Grupo de Trabajo espera que las Directrices reciban la aceptación general dentro de la comunidad internacional de arbitraje (como fue el caso de las Reglas sobre la Obtención de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional de la IBA de 1999) y que así va a ayudar a las partes, los profesionales, los árbitros, las instituciones y los tribunales en su proceso de toma de decisiones sobre estas importantes cuestiones de imparcialidad, independencia, revelación, objeciones y recusaciones.

III. Composición de las Directrices

Las Directrices se compone de una Introducción; una Parte I: Normas generales respecto de la imparcialidad, la independencia y la revelación, y una Parte II: Aplicaciones Prácticas de las Normas Generales (incluidas las Listas de Aplicación).

IV. Normas generales

En la Parte I, 1 (Normas Generales), las Directrices proporcionan una orientación específica a los árbitros, las partes, las instituciones y los tribunales en cuanto a qué situaciones constituyen conflictos de interés deben ser reveladas y cuáles no.

Dado su interés, reproduzco el texto de las Normas Generales, aunque no los interesantes comentarios que contienen:

(1) Principio general

Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.

1152 En este segundo borrador, el Grupo de Trabajo desarrolló el test objetivo y subjetivo para la descalificación, trasladó a la Lista Naranja algunas situaciones que estaban inicialmente en la Lista Verde, y dividió la Lista Roja en dos, con las circunstancias renunciables y las no renunciables.

1153 (copiar Introducción 5 de las Guidelines en español).

1154 Las Directivas han sido traducidas a ocho lenguas, entre ellas el español, y pueden encontrarse en http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_Guides_and_free_materials.aspx.

(2) Conflictos de intereses

(a) *El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro.*

(b) *Rige el mismo principio si existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, a menos que las partes hayan aceptado al árbitro de conformidad con lo establecido en la Norma General (4).*

(c) *Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes.*

(d) *Existirán dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro si hubiere identidad entre una de las partes y el árbitro, si el árbitro fuera el representante legal de la persona jurídica parte en el arbitraje o si tuviere una participación económica significativa o interés personal en el asunto en litigio.*

(3) Revelaciones del árbitro

(a) *Si en opinión de las partes existieren hechos o circunstancias que hicieren dudar acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, éste deberá poner de manifiesto tales hechos o circunstancias ante las partes, la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere y siempre que así lo prevea el reglamento de arbitraje aplicable) y los co-árbitros, de haberlos, antes de aceptar su designación o, si sobrevinieren tras la aceptación, tan pronto como tenga conocimiento de ellos.*

(b) *De la Norma General 1 y 2(a) se infiere que un árbitro que revela ciertos hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, se considera a sí mismo imparcial e independiente respecto de las partes, a pesar de haber revelado tales hechos o circunstancias y, por consiguiente, capaz de cumplir con sus deberes de árbitro. De lo contrario, el árbitro no habría aceptado la designación desde un principio o habría renunciado.*

(c) *Cualesquiera dudas que surjan acerca de si se ha de revelarse algún hecho o circunstancia que pudiera generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, deberá de resolverse a favor de darlo a conocer.*

(d) *Al sopesar si existen hechos o circunstancias que hayan de darse a conocer, el árbitro no tendrá en cuenta si el arbitraje acaba de comenzar o si se halla en una fase avanzada del procedimiento.*

(4) Renuncia de las partes

(a) *Si una de las partes no recusa explícitamente al árbitro dentro de los treinta días siguientes de recibir de éste la revelación de hechos o circunstancias susceptibles de crearle un conflicto de intereses o dentro de los treinta días siguientes a que la parte tenga conocimiento efectivo de ellos, se entiende que renuncia a hacer valer su derecho a objetar al posible conflicto de intereses resultante de dichos hechos o circunstancias y no podrá objetar al nombramiento del árbitro más adelante sobre la base de los mismos hechos o circunstancias. Lo anterior está sujeto a los apartados (b) y (c) de esta Norma General.*

(b) *No obstante lo anterior, si hubiere hechos o circunstancias tales como los expuestos en la Norma General 2(d), no surtirá efecto la renuncia por una de las partes a su derecho a objetar; ni será válido el acuerdo entre las partes que permita a la persona involucrada desempeñar las funciones de árbitro.*

(c) Cuando haya un conflicto de intereses como aquellos ejemplificados en el Listado Rojo Renunciable, la persona involucrada no deberá desempeñar funciones de árbitro. No obstante, dicha persona puede aceptar la designación como árbitro o puede continuar desempeñando funciones de árbitro si se cumplen las siguientes condiciones: (i) Todas las partes, los demás árbitros y la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) deben estar plenamente informadas del conflicto de intereses; y (ii) Todas las partes deben manifestar explícitamente su conformidad con que la persona involucrada desempeñe las funciones de árbitro, pese al conflicto de intereses.

(d) En cualquier etapa del procedimiento el árbitro podrá asistir a las partes para llegar a una transacción que resuelva la controversia. Sin embargo, antes de hacerlo, el árbitro deberá obtener el consentimiento expreso de las partes de que el actuar de esa forma no lo descalificará para seguir desempeñando las funciones de árbitro. Dicho consentimiento expreso será considerado como una renuncia efectiva al derecho que tienen las partes a objetar cualquier conflicto de intereses que pudiera surgir derivado de la participación del árbitro en dicho proceso conciliatorio o por la información a la que el árbitro pueda tener acceso en dicho proceso. Si a pesar del apoyo del árbitro no se llegare a un acuerdo conciliatorio, la renuncia de las partes seguirá siendo válida. No obstante, en consonancia con la Norma General 2(a) y a pesar de la renuncia de las partes, el árbitro deberá renunciar si, como consecuencia de su participación en el proceso conciliatorio, se generan dudas que le impidan mantener su imparcialidad e independencia en las siguientes instancias del procedimiento.

(5) Alcance o ámbito de aplicación

Estas Directrices se aplican por igual a presidentes de tribunales arbitrales, árbitros únicos y a árbitros designados por las partes. Estas Directrices no se aplican a árbitros no neutrales, quienes no tienen el deber de permanecer imparciales e independientes de las partes, según sea permitido por algún reglamento de arbitraje o en algún Derecho nacional.

(6) Relaciones

(a) Al examinar la relevancia de determinados hechos o circunstancias para juzgar si existe un posible conflicto de intereses o si se han de revelar en cada caso particular, deberán tenerse en cuenta razonablemente las actividades del bufete de abogados del árbitro, de haberlo, para cada caso en concreto. Por consiguiente, el simple hecho de que el bufete de abogados del árbitro intervenga en alguna actividad con una de las partes no quiere decir que automáticamente este hecho dé lugar a un conflicto de intereses, ni que haya que revelarlo.

(b) De igual manera, si una de las partes fuere una persona jurídica que formare parte de un grupo de sociedades con el cual el bufete de abogados del árbitro tuviere alguna vinculación, dicho hecho o circunstancia ha de ser tomado en consideración razonablemente y examinarse cada caso particular. Por consiguiente, este tipo de circunstancias por si solas no originan automáticamente un conflicto de intereses, ni requieren de revelación automáticamente.

(c) Si una de las partes fuere una persona jurídica, se considerará que hay identidad entre ella y sus gerentes, administradores y miembros de su comité de vigilancia y cualesquiera otras personas que ejerzan control sobre la sociedad.

(7) El deber del árbitro y de las partes

(a) Cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre ella (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades) y el árbitro. Las partes informarán motu proprio antes de que comience el procedimiento o tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de dicha relación.

(b) En cumplimiento de la Norma General 7(a) las partes presentarán toda la información de que dispongan y realizarán diligentemente todo tipo de averiguaciones de información al que se tenga acceso públicamente.

(c) Es deber del árbitro de actuar con diligencia para averiguar si existe un posible conflicto de intereses y si hubiere circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia. La omisión de revelar un posible conflicto de interés no puede ser excusada por la ignorancia de su existencia, cuando el árbitro no haya hecho el esfuerzo, en el ámbito de lo razonable, por averiguar la existencia del posible conflicto de intereses.

V. La aplicación práctica de las Directrices

Los miembros del Grupo de Trabajo analizaron la jurisprudencia de sus respectivos países y describieron y clasificaron múltiples situaciones que ocurren en la realidad en las Listas de Aplicación. Estas listas, obviamente, no contienen todas las situaciones, sino que meramente proporcionan orientación en muchas circunstancias, aunque las Directrices han tratado de hacerlas lo más completas posible.

Como he dicho, las Listas de Aplicación consisten en 4 listas: 1. La lista Roja no renunciable 2; la Lista Roja renunciable; 3. la Lista Naranja; y 4, la lista Verde.

a. La Lista Roja no renunciable (véase Norma General 2 (c)) Incluye las situaciones derivadas del principio fundamental de que nadie puede ser juez y parte. Constituye una enumeración no exhaustiva de las específicas situaciones que dan lugar a dudas justificadas respecto a la imparcialidad y la independencia del árbitro, es decir, en estas circunstancias existe un conflicto objetivo de interés desde el punto de vista de una tercera persona razonable, teniendo conocimiento de los hechos pertinentes. Por lo tanto, la divulgación de tal situación no puede curar el conflicto.

b. La Lista Roja renunciable (NG 4 (c)) abarca situaciones que son graves, pero no tan graves como las de la Lista Roja no renunciables. Debido a su gravedad, a diferencia de circunstancias descritas en la Lista Naranja, estas situaciones deben ser consideradas renunciables sólo cuando las partes, siendo consciente de la situación de conflicto de interés, sin embargo, manifiestan expresamente su voluntad de que la persona que han elegido actúe como árbitro.

c. La Lista Naranja es una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, a los ojos de las partes, puede dar lugar a dudas justificadas respecto de su independencia o imparcialidad. La Lista Naranja refleja situaciones que caen bajo el estándar NG 3 (a), de modo que el árbitro tiene el deber de poner de manifiesto este tipo de situaciones. En todas estas situaciones se considera que las partes han aceptado el árbitro, si, después de la revelación, no se formula objeción oportuna (NG 4 (a)). El objetivo de la revelación es informar a las partes de dicha situación, por si las mismas desean explorar más a fondo a fin de determinar si objetivamente (desde el punto de vista de una tercera persona razonable) no hay duda justificable de su imparcialidad o independencia. Si la conclusión es que no hay duda justificable, y las partes no hacen objeción oportuna, el árbitro puede actuar.

d. La Lista Verde contiene una enumeración no exhaustiva de las situaciones específicas en las que no existe conflicto de intereses desde el punto de referencia objetivo. Así, el árbitro no tiene la obligación de revelar las situaciones comprendidas en la Lista Verde. Como se expresa en la Explicación a la NG-3 (a), debe existir un límite a la revelación, sobre la base de razonabilidad. En algunas situaciones, debe prevalecer una prueba objetiva sobre puramente el criterio subjetivo de “a la vista de las partes.”

Hubo mucho debate acerca de si debía haber una Lista Verde y también, con respecto a la Lista Roja, si las situaciones de la Lista Roja no renunciable debían ser renunciables en base a la autonomía de la libertad. Con respecto a la primera cuestión, el Grupo de Trabajo mantuvo su decisión de que el criterio subjetivo para la divulgación no debe ser un criterio absoluto, sino que debía añadir

algunos límites objetivos. Con respecto a la segunda cuestión, la conclusión de el Grupo de Trabajo fue, como he dicho, que la autonomía de las partes tiene sus límites.

VI. La revisión

Tal como prevén las Directrices, a la vista de la experiencia de estos años desde su adopción, es procedente abordar su revisión.

A tal efecto, la Comisión de Arbitraje de la IBA nombró un Subcomité¹¹⁵⁵ con el principal objetivo de analizar la jurisprudencia mundial relativa a las Directrices y reunir las aportaciones de los prácticos para colaborar con la IBA en futuras revisiones. El subcomité designó a dos abogados¹¹⁵⁶, los cuales formularon una propuesta de revisión.

Aunque algunos consideran que las Directrices son una excelente plataforma para nuevas recusaciones tácticas de los árbitros, “práctica maligna” que parece extenderse por todas partes¹¹⁵⁷, en general las Directrices han recibido una aceptación muy favorable¹¹⁵⁸. Las Directrices representan una contribución importante al arbitraje y a la mejora de las exigencias de la independencia e imparcialidad del árbitro. Por eso, la IBA, el Comité de Arbitraje y el Grupo de Trabajo que las redactó merecen la gratitud de todos aquéllos que trabajamos en el campo del arbitraje, y de la sociedad en general, que se beneficia de este importante instrumento de resolución de disputas.

Entre las diversas propuestas para la revisión de las Directrices, se encuentran las que proponen la reestructuración y redenominación de la Parte I (Estandares Generales) por considerarse deficientes, faltos de sistematización y necesitados de una reestructuración.

En relación con las Listas de Aplicación, posiblemente la principal crítica que se hace de ellas es que en algunas ocasiones las Directrices y las Listas de Aplicación en particular adoptan una actitud excesivamente *pro árbitro* en lugar de otra más deseable de *pro partibus* o *pro institutionis arbitralis*, y de ahí sugieren que algunos de los supuestos previstos sean trasladados a una lista más rigurosa (por ejemplo, Lista Roja en lugar de Lista Naranja, o Lista Naranja en lugar de Lista Verde)¹¹⁵⁹.

Finalmente, el Subcomité de Conflictos de la Comisión de Arbitraje de la IBA aprobó un Informe, “The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. The First Five Years 2004-2009”, en 25 enero 2010 (anexo 3).

1155 Compuesto por Julie Bédard (Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, EE.UU.); César Coronel (Coronel y Pérez, Ecuador); Francisco González de Cossío (González de Cossío Abogados, S.C., México); Villanúa Deva (Arresto & Asociados, España); Karim Hafez (Karim Hafez, Egipto); Shinji Kusakabe (Anderson Mori & Tomotsune, Japón); Christopher Lau (ATMD Alban Tay Mahtani & de Silva LLP, Singapur); Crenguta Leaua (Tanasescu Leaua Cadar & Asociatii, Rumania); Ramón Mullerat (KPMG Abogados, España); Sophie Nappert (3 Verulam Buildings, Reino Unido); Piotr Nowaczyk (Salans, Polonia); Ben Sheppard (Universidad de Houston, EE.UU.); y Matthias Scherer (presidente, Lalive, Switzerland). Desde 2010, Carole Malinvaud (Gide Loyrette Nouel, Francia) continúa la presidencia de este grupo.

1156 Julie Bedard y Ramon Mullerat.

1157 V.V. Vedder, “The English Arbitration Act 1996: its 10th and future birthdays”, en <http://www.exportguides.com/default.asp?Page=10&guideID=150&countryID=117>.

1158 See, for instance, David A. Lawson, “Impartiality and Independence of International Arbitrations. Commentary on the 2004 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, ASA Bulletin, vol. 23, no. 1, 2005, pp. 22 and 55. Markham Ball, op. cit., p. 323. Leon Trakman, op. cit., p. 2. Hilmar Raeschke-Kessler, op. cit., p. 655. Gary Born and Rachael Kent, op. cit., p. 22, y muchos otros.

1159 Ramon Mullerat, “Arbitrators’ Conflicts of Interest Revisited. A Contribution to the Revision of the Excellent IBA guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, en proceso de publicación en Dispute International Resolution.

VII. La conversión de las Directrices en derecho jurisprudencial

Aunque, como he dicho, las Directrices no constituyen derecho aplicable sino simples recomendaciones de una prestigiosa y experta asociación internacional de juristas, múltiples tribunales de todo el mundo las han utilizado ya como fundamento de sus sentencias.

Concretamente, desde 2004, en que las Directrices fueron publicadas, hasta 2008, como mínimo, las siguientes sentencias son de destacar:

- a. Austria, Commercial Court Vienna, Decisión de 24 julio 2007 (16 No 2/07w). (Situación 3.1.3 de la Lista Naranja) .
- b. Bélgica. Bruselas, Appellate Court, Decisión de 29 octubre 2007, República de Polonia v (1) Eureko BV (2) Stephen Schwebel (3) Yves L Fortier (4) Jerzy Rajski
- c. Inglaterra. ASM Shipping Ltd of India v TTMI Ltd of England, [2006] 1 Lloyds Rep 375
- d. Suecia. Supreme Court, 19 noviembre 2007, T 2448-06, Anders Jilkén v Ericsson AB
- e. Alemania. OLG Frankfurt. Decisión de 4 octubre 2007. (Situación 3.5.2 de la Lista Naranja)
- f. USA. Applied Industrial Materials Corp. v. Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi, A.S., 492 F.3d 132 (2d Cir. July 9, 2007)
- g. USA. New Regency Productions v. Nippon Herald Films, 501 F.3d 1101 (9th Cir. 2007)
- h. Suiza. Federal Supreme Court, Decisión de 20 marzo y 4 abril 2008. (Situación 4.4.1 de la Lista Verde)
- i. Suecia. Kornnäs Aktiebolag v. AB Fortnum Varme med Stockholms stad, Tribunal de Apelación Svea, 10 diciembre 2008 (Situación 3.3.7 de la Lista Naranja)
- j. Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. The Republic of Slovenia, ICSID case ARB/05/24 (Situación 3.3.2 de la Lista Naranja)

VIII. Conclusión

En un mundo globalizado, interconectado e interrelacionado, el arbitraje se ha convertido en un método de resolución de conflictos, comerciales y de inversión, muy adecuado a las necesidades de esta realidad.

Para mejorar y mantener la reputación de la institución arbitral, es necesario adoptar y respetar unos niveles legales y éticos elevados. La independencia y la imparcialidad del árbitro constituyen la pieza esencial de la estructura ética arbitral.

Esfuerzos como los desarrollados por la IBA con sus Directivas sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional constituyen una óptima aportación para lograr tales niveles.

Efectivamente, las Directrices constituyen un instrumento excelente para la determinación de los supuestos en que una persona debe rechazar un nombramiento o renunciar al cargo si el arbitraje está ya en marcha, las cuales han sido bien recibidas y valoradas por la comunidad arbitral mundial. Al cabo de seis años, necesitan ser revisadas y perfeccionadas y esperamos que la revisión se produzca bien y pronto.

ANEXOS

1. Directrices IBA (nombre en español)



Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional*

Aprobadas por el Consejo de la International Bar Association
el 22 de mayo de 2004

* Traducción no oficial. En caso de cualquier discrepancia, agradeceremos se remita a la versión oficial en idioma inglés.

Contenido

Introducción	4
PRIMERA PARTE: NORMAS GENERALES SOBRE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA Y SOBRE LA OBLIGACIÓN DE REVELAR HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS	8
(1) Principio general	8
(2) Conflictos de intereses	8
(3) Revelaciones del árbitro	10
(4) Renuncia de las partes	13
(5) Alcance o ámbito de aplicación	15
(6) Relaciones	16
(7) El deber del árbitro y de las partes	17
SEGUNDA PARTE: APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS NORMAS GENERALES	19
1. Listado Rojo Irrenunciable	22
1.1. Identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje.	22
1.2. El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje.	22
1.3. El árbitro tiene una participación económica significativa en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro.	22
1.4. El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designa o a su filial y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.	22
2. Listado Rojo Renunciable	22
2.1. La relación del árbitro con la controversia	22
2.2. El interés económico directo o indirecto del árbitro en la controversia	22
2.3. Relación del árbitro con las partes o sus abogados	23

| 2

3. Listado Naranja	23
3.1. Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso	23
3.2. Servicios profesionales prestados a una de las partes en la actualidad	24
3.3. Relación entre árbitros o entre árbitro y abogado	24
3.4. La relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje	25
3.5. Otras circunstancias	25
4. Listado Verde	26
4.1. Dictámenes anteriores al arbitraje	26
4.2. Servicios profesionales prestados contra los intereses de una de las partes	26
4.3. Servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las partes	26
4.4. Contactos con otro árbitro o con el abogado de una de las partes	26
4.5. Contactos entre un árbitro y una de las partes	27

INTRODUCCIÓN

1. Los problemas relativos a los conflictos de intereses suponen un reto cada vez mayor para el arbitraje internacional. Con frecuencia los árbitros tienen dudas sobre qué hechos o circunstancias deben ser puestos de manifiesto, de modo que cada árbitro puede decidir de una forma diferente ante los mismos hechos o circunstancias. El desarrollo del comercio internacional y la manera como éste se lleva a cabo hoy en día, incluidos los vínculos cada vez más complejos que se vienen creando entre los grupos de sociedades y los grandes bufetes de abogados internacionales, han incrementado el número de hechos o circunstancias que el árbitro debe revelar y ha generado conflictos de intereses cada vez más difíciles de resolver. Las partes reticentes al arbitraje encuentran en la recusación de árbitros un medio para demorar los arbitrajes o privar a la contraparte del árbitro que ha elegido. Cuando el árbitro da a conocer cualesquiera hechos o circunstancias, no importa lo insignificante o lo grave de la cuestión, con demasiada frecuencia conduce a que se planteen objeciones, recusaciones y se origine la renuncia o sustitución de un árbitro.
2. Por consiguiente, tanto las partes como los árbitros, las instituciones arbitrales y los tribunales estatales se enfrentan a decisiones complejas sobre qué hechos o circunstancias han de ponerse de manifiesto y qué criterios aplicar. Además, las instituciones arbitrales y los tribunales estatales deben tomar decisiones difíciles cuando se enfrentan a objeciones o recusaciones de un árbitro planteadas después de que éste haya dado a conocer ciertos hechos o circunstancias. Hay una tensión entre el derecho que tienen las partes a que se den a conocer hechos o circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de un árbitro y su derecho a un proceso con las garantías debidas, por una parte, y el derecho de las partes a elegir al árbitro libremente, por otra. Si bien es cierto que las leyes y los reglamentos de arbitraje establecen ciertas reglas al respecto, éstas adolecen de falta de especificidad y de aplicación uniforme, lo que lleva a que, con frecuencia, la comunidad del arbitraje internacional no se guíe por los mismos estándares a la hora de revelar hechos y circunstancias susceptibles de dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y a la hora de decidir las objeciones y recusaciones de los árbitros.

4

3. Es en el interés de todos los integrantes de la comunidad del arbitraje internacional que los procedimientos arbitrales no se vean afectados por el incremento de los problemas de conflictos de intereses. Por consiguiente, el Comité de Arbitraje y ADR de la *International Bar Association* creó un Grupo de Trabajo compuesto por 19 especialistas¹ en arbitraje internacional provenientes de 14 países para que estudiaran los Derechos nacionales, la jurisprudencia, los reglamentos de arbitraje y los aspectos prácticos relativos a la imparcialidad e independencia de los árbitros y a la necesidad de revelar hechos y circunstancias susceptibles de afectar a dicha imparcialidad e independencia en el ámbito del arbitraje internacional, con la intención de contribuir a regular el proceso decisorio en la materia. El Grupo de Trabajo consideró que las normas existentes en la materia no eran lo suficientemente claras ni se aplicaban de manera uniforme. Por ello, preparó estas Directrices que contienen Normas Generales y notas explicativas sobre las Normas. Adicionalmente, el Grupo de Trabajo es de la opinión que el establecimiento de una relación de hechos y circunstancias específicos que deban ser revelados o que justifiquen la recusación de un árbitro tendrá como resultado la mayor homogeneidad en la aplicación de las Normas Generales y la reducción de recusaciones superfluas y de renunciaciones y sustituciones de árbitros si se proporciona una relación de hechos y circunstancias específicos que deban ser revelados o que justifiquen la descalificación de un árbitro. Tales listados – denominados Rojo, Naranja y Verde (los ‘Listados de Aplicación’) aparecen al final de estas Directrices.²
4. Las Directrices reflejan lo que el Grupo de Trabajo entiende ser la mejor y más reciente práctica internacional existente, misma que queda recogida en los principios de las Normas Generales. El Grupo de Trabajo redactó las Normas Generales y los Listados de Aplicación basándose en el Derecho y la jurisprudencia de diversas jurisdicciones así como en el criterio y la experiencia de los miembros del Grupo de Trabajo y de otros interesados en el arbitraje comercial internacional. El Grupo de Trabajo ha intentado armonizar los intereses divergentes de las partes, representantes legales, árbitros e instituciones arbitrales, quienes tienen encomendada la responsabilidad de asegurar la integridad, el buen nombre y la eficiencia del arbitraje comercial internacional. Además, el Grupo de Trabajo solicitó y tuvo en cuenta la opinión de muchas instituciones arbitrales destacadas, así como de

5

abogados corporativos y de otras personas que de una manera u otra intervienen en el arbitraje internacional. Asimismo, el Grupo de Trabajo publicó borradores de las Directrices y solicitó comentarios a los mismos en dos reuniones anuales de la *International Bar Association* y en otras reuniones de árbitros. Aún cuando los comentarios recibidos por el Grupo de Trabajo fueron de índole muy diversa, incluyendo algunos puntos de crítica, la comunidad del arbitraje en general apoyó y animó estos esfuerzos para ayudar a reducir el problema creciente de los conflictos de intereses. El Grupo de Trabajo estudió todas las sugerencias y comentarios recibidos, y adoptó muchos de ellos. El Grupo de Trabajo se encuentra muy agradecido con las muchas instituciones y personas de todas las partes del mundo que estudiaron con detenimiento sus propuestas y dieron sus comentarios y sugerencias.

5. En un primer momento el Grupo de Trabajo redactó las Directrices pensando en que su campo de aplicación sería sólo el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, a la luz de los muchos comentarios recibidos, dio cuenta de que las Directrices deben aplicarse de igual manera a otros tipos de arbitraje, tales como los arbitrajes para el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (en la medida en que estos arbitrajes no sean considerados como arbitraje comercial).³
6. Estas Directrices no son normas jurídicas y no prevalecen sobre el Derecho nacional aplicable ni sobre el reglamento de arbitraje que las partes hubieren elegido. No obstante, el Grupo de Trabajo confía en que estas Directrices sean bien recibidas por la comunidad del arbitraje internacional (como fue el caso de las Reglas de la *IBA* sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional) y que ayude a las partes, abogados, árbitros, instituciones arbitrales y tribunales estatales en su proceso decisorio en lo relativo a cuestiones tan importantes como la imparcialidad e independencia de los árbitros, la obligación del árbitro de revelar hechos y circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia y para resolver las objeciones y recusaciones de árbitros por dichas causas. El Grupo de Trabajo confía, asimismo, en que las Directrices serán aplicadas con prudencia y sentido común sin interpretaciones sinuosas o excesivamente formalistas. El Grupo de Trabajo también ha publicado el Contexto y la Historia de las Directrices, en donde se describe el estudio y análisis realizado, lo que podrá resultar de gran utilidad para interpretar las Directrices.

6

7. La *IBA* y el Grupo de Trabajo entienden a las Directrices como el principio, que no la culminación, de un proceso. Los Listados de Aplicación cubren muchas de las diversas situaciones que se dan en la práctica común, pero no se pretende que el listado sea exhaustivo, algo que, por otro lado, sería imposible. No obstante, el Grupo de Trabajo tiene la certeza de que, como guía, los Listados de Aplicación serán más útiles que las Normas Generales (y seguramente más que las normas actuales). Tanto la *IBA* como el Grupo de Trabajo, estarán atentos a los comentarios que surjan del uso que se haga de las Directrices con la intención de complementar, revisar y perfeccionar este documento basados en la experiencia práctica.
8. En 1987 la *IBA* publicó las Reglas Éticas para los Árbitros Internacionales. Estas Reglas son de contenido más amplio que las Directrices y siguen en vigor en lo que se refiere a cuestiones no abordadas por las Directrices, pero en todas aquellas cuestiones tratadas por las Directrices prevalecen éstas últimas sobre aquéllas.

Notes

- 1 Son miembros del Grupo de Trabajo (1) Henri Alvarez, Canadá; (2) John Beechey, Inglaterra; (3) Jim Carter, Estados Unidos; (4) Emmanuel Gaillard, Francia; (5) Emilio González de Castilla, México; (6) Bernard Hanotiau, Bélgica; (7) Michael Hwang, Singapur; (8) Albert Jan van den Berg, Bélgica; (9) Doug Jones, Australia; (10) Gabrielle Kaufmann-Kohler, Suiza; (11) Arthur Marriott, Inglaterra; (12) Tore Wiwen Nilsson, Suecia; (13) Hilmar Raeschke-Kessler, Alemania; (14) David W. Rivkin, Estados Unidos; (15) Klaus Sachs, Alemania; (16) Nathalie Voser, Suiza (Reportera); (17) David Williams, Nueva Zelanda; (18) Des Williams, África del Sur; (19) Otto de Witt Wijnjen, Países Bajos (Presidencia).
- 2 Información detallada de los Antecedentes de las Directrices ha sido publicada en *Business Law Internacional* en BLI Vol. 5, Núm. 3, Septiembre de 2004, pp 433-458; y está disponible en la página de internet de la *IBA* www.ibanet.org.
- 3 De igual manera, el Grupo de Trabajo está en favor de la aplicación de estas Directrices por analogía a los funcionarios públicos y autoridades gubernamentales que sean designados como árbitros por Estados o entidades estatales que intervengan en procedimientos de arbitraje.

PRIMERA PARTE: NORMAS GENERALES SOBRE IMPARCIALIDAD, INDEPENDENCIA Y SOBRE LA OBLIGACIÓN DE REVELAR HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS

(1) Principio general

Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.

Nota explicativa sobre la Norma General 1:

El Grupo de Trabajo está guiado por el principio básico del arbitraje internacional según el cual todo árbitro debe ser imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y debe permanecer así durante todo el procedimiento arbitral. El Grupo de Trabajo sopesó si esta obligación había de extenderse más allá de la emisión del laudo y abarcar el plazo para interposición del recurso de anulación, pero decidió no incluirlo. El Grupo de Trabajo participa de la visión de que el deber del árbitro finaliza una vez que el Tribunal Arbitral haya dictado el laudo final o que de cualquier otra forma concluya el procedimiento (p.ej. por transacción). Si, tras un recurso de anulación o cualquier otra intervención jurisdiccional, la controversia se sometiere al mismo árbitro, será necesario nuevamente revelar hechos o circunstancias que pudiesen ocasionar una recusación.

(2) Conflictos de intereses

- (a) *El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro.*
- (b) *Rige el mismo principio si existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, a menos que las partes hayan aceptado al árbitro de conformidad con lo establecido en la Norma General (4).*

- (c) *Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes.*
- (d) *Existirán dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro si hubiere identidad entre una de las partes y el árbitro, si el árbitro fuera el representante legal de la persona jurídica parte en el arbitraje o si tuviere una participación económica significativa o interés personal en el asunto en litigio.*

Nota explicativa sobre la Norma General 2:

- (a) El principio ético fundamental que debe guiar a todo árbitro es que, ineludiblemente, ha de rechazar su designación si efectivamente estuviere predispuesto, favorable o desfavorablemente, en la resolución del litigio. Esta Norma se aplica sin importar el momento procesal en que se halle el procedimiento. El Derecho nacional de muchos países ni siquiera enuncia el principio explícitamente por ser algo evidente (véase p.ej. el artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI). No obstante, el Grupo de Trabajo lo ha incluido en las Normas Generales porque considera que una mención explícita evita confusiones y promueve la confianza en los procedimientos arbitrales. Además, el Grupo de Trabajo opina que la expresión ‘cualesquiera dudas sobre la capacidad para ser imparcial e independiente’, tal como está redactada en términos amplios, debería inducir al árbitro a renunciar a su designación.
- (b) Para que las normas sean aplicadas de la manera más homogénea posible, el Grupo de Trabajo considera que la prueba para la descalificación ha de ser una prueba objetiva. Por tanto, el Grupo de Trabajo emplea la expresión ‘imparcialidad o independencia’, derivada del artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI, artículo que goza de amplia aceptación, así como una prueba de apariencias, fundada en dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, como lo señala el artículo 12(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI, que se ha de aplicar de manera objetiva (el ‘examen por una tercera persona prudente’). Como se expone en la nota explicativa sobre la Norma General 3(d), esta norma ha de aplicarse con independencia del momento procesal en que se halle el procedimiento.

- (c) La mayoría de las leyes y reglamentos que aplican el principio de dudas justificadas no lo definen. El Grupo de Trabajo opina que esta Norma General contextualiza dicho principio, facilitando la toma de decisiones.
- (d) El Grupo de Trabajo comparte el criterio de que nadie puede ser juez y parte a la vez, es decir, que no puede haber identidad entre el árbitro y una de las partes. El Grupo de Trabajo opina que las partes no pueden renunciar a este principio. El mismo principio se ha de aplicar a aquellas personas que sean representantes legales de una persona jurídica parte en el arbitraje, tales como los miembros del consejo de administración o quienes tengan un interés económico significativo en el asunto en cuestión. Dada la importancia de este principio, su carácter irrenunciable se ha incluido en una Norma General y en el Listado Rojo de situaciones irrenunciables se recogen ejemplos ilustrativos.

La Norma General emplea intencionalmente las expresiones ‘identidad’ y ‘representantes legales’. A la luz de las sugerencias recibidas, el Grupo de Trabajo sopesó si debía ampliar estas expresiones o definirlas a detalle pero resolvió no hacer ni lo uno ni lo otro. El Grupo de Trabajo es consciente de que habrá empleados de alguna de las partes o funcionarios públicos que tengan una posición parecida a la de un representante legal, por lo que el Grupo de Trabajo decidió que bastaba con la mera enunciación del principio.

(3) Revelaciones del árbitro

- (a) *Si en opinión de las partes existieren hechos o circunstancias que hicieren dudar acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, éste deberá poner de manifiesto tales hechos o circunstancias ante las partes, la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere y siempre que así lo prevea el reglamento de arbitraje aplicable) y los co-árbitros, de haberlos, antes de aceptar su designación o, si sobrevinieren tras la aceptación, tan pronto como tenga conocimiento de ellos.*
- (b) *De la Norma General 1 y 2(a) se infiere que un árbitro que revela ciertos hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, se considera a sí mismo imparcial e independiente respecto de las partes, a pesar de haber revelado tales hechos o circunstancias y, por consiguiente, capaz de cumplir con sus deberes de árbitro. De lo contrario, el árbitro no habría aceptado la designación desde un principio o habría renunciado.*

- (c) *Cualesquiera dudas que surjan acerca de si se ha de revelarse algún hecho o circunstancia que pudiera generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, deberá de resolverse a favor de darlo a conocer.*
- (d) *Al sopesar si existen hechos o circunstancias que hayan de darse a conocer, el árbitro no tendrá en cuenta si el arbitraje acaba de comenzar o si se halla en una fase avanzada del procedimiento.*

Nota explicativa sobre la Norma General 3:

- (a) La Norma General 2(b) expuesta más arriba establece una prueba objetiva para la descalificación de un árbitro. Sin embargo, dado que para decidir si se ha de revelar ciertos hechos y circunstancias hay que tener en cuenta diversos factores, la norma apropiada puede ser diferente. La mayoría de las jurisdicciones analizadas por el Grupo de Trabajo, además de la Ley Modelo de la CNUDMI, recogen la prueba puramente objetiva. No obstante, el Grupo de Trabajo reconoce que las partes tienen interés en estar plenamente informadas acerca de cualquier circunstancia que, a su modo de ver, sea relevante. Derivado del estricto criterio empleado por muchas instituciones arbitrales (como lo reflejan sus reglamentos y según lo confirmaron al Grupo de Trabajo) de que la revelación debe reflejar la perspectiva de las partes, el Grupo de Trabajo aceptó, en principio y tras intensos debates, aplicar un criterio subjetivo para decidir si se ha de llevar a cabo una revelación. El Grupo de Trabajo adaptó el lenguaje utilizado en el artículo 7(2) del Reglamento de la CCI para establecer este criterio.

Sin embargo, el Grupo de Trabajo opina que este principio debe aplicarse con ciertas limitaciones. Puesto que siguiendo una prueba objetiva existen ciertos hechos y circunstancias que nunca van a llevar a una descalificación, dichas situaciones no necesitan ser reveladas, independientemente del punto de vista de las partes. El Listado Verde señala los límites a la prueba subjetiva e incluye una relación de hechos y circunstancias que no son necesarios revelar.

De igual manera, el Grupo de Trabajo recalca que las dos pruebas (la prueba objetiva para la descalificación y la prueba subjetiva para la revelación de ciertos hechos y circunstancias) son distintas y están bien diferenciadas entre sí, y que, como se indica en la Norma General 3(b), el revelar ciertos hechos o circunstancias no lleva automáticamente a la descalificación.

Para determinar qué hechos o circunstancias habrá de revelar, el árbitro deberá tener en cuenta todos los factores que sean de su conocimiento, incluyendo, hasta donde le sea posible, la cultura y costumbres del país del cual provengan o estén domiciliadas las partes.

- (b) Revelar ciertos hechos o circunstancias no equivale a admitir que existe un conflicto de intereses. El árbitro que revela a las partes ciertos hechos o circunstancias se considera a sí mismo imparcial e independiente de las partes, a pesar de tales hechos o circunstancias; de lo contrario habría rechazado su designación o habría renunciado. De la misma forma, el árbitro que pone de manifiesto algún hecho o circunstancia se considera capaz de cumplir con sus deberes. El propósito de revelar algún hecho o circunstancia es para permitir a las partes juzgar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del árbitro y, si así lo estiman necesario, para que puedan averiguar más sobre el asunto. El Grupo de Trabajo confía en que la promulgación de esta Norma General corregirá la percepción equivocada de que el solo hecho de revelar hechos o circunstancias demuestran que hay dudas suficientes para descalificar a un árbitro. En cambio, una recusación sólo deberá prosperar si, al someterla a la prueba objetiva antes mencionada, se comprueba que el árbitro tiene comprometida su imparcialidad e independencia.
- (c) A menudo, el hecho de revelar innecesariamente ciertos aspectos o circunstancias da pie en las partes a la creencia errónea de que tales hechos o circunstancias pueden, en efecto, afectar la imparcialidad o independencia del árbitro. Si los árbitros se exceden al revelar hechos o circunstancias terminarán socavando la confianza de las partes. A pesar de ello y tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió que valía la pena mencionar explícitamente en las Normas Generales que, en caso de duda, el árbitro siempre debe optar por revelar los hechos o circunstancias. Ahora bien, si el árbitro considera que ha de revelar ciertos hechos o circunstancias pero el secreto profesional o cualquiera otra regla de conducta se lo impide, entonces no deberá aceptar la designación o deberá renunciar.
- (d) El Grupo de Trabajo ha llegado a la conclusión (como se expone en la Norma General 2) de que ni la revelación de hechos o circunstancias ni la descalificación dependen del momento procesal en que se halle el arbitraje. A fin de decidir si al árbitro le corresponde revelar ciertos hechos o circunstancias, o rechazar la designación, o negarse a

continuar el ejercicio de sus funciones, o si se ha de aceptar la recusación interpuesta por una de las partes, sólo ha de tener en cuenta los hechos y circunstancias del caso y no el momento procesal en que se halle el procedimiento ni las consecuencias que acarreará la renuncia del árbitro. Como cuestión práctica, las instituciones arbitrales sí hacen distinciones entre el inicio del arbitraje y la etapa posterior del procedimiento arbitral. Los tribunales estatales también tienden a aplicar criterios distintos según el momento procesal. Sin embargo, el Grupo de Trabajo considera importante aclarar que no ha de hacerse distinción según el momento procesal en que se halle el arbitraje. Aunque, efectivamente, se presenta un problema práctico cuando un árbitro renuncia una vez iniciado el arbitraje, cualquier distinción que se haga basada en el momento procesal sería contraria al espíritu de las Normas Generales.

(4) Renuncia de las partes

- (a) *Si una de las partes no recusa explícitamente al árbitro dentro de los treinta días siguientes de recibir de éste la revelación de hechos o circunstancias susceptibles de crearle un conflicto de intereses o dentro de los treinta días siguientes a que la parte tenga conocimiento efectivo de ellos, se entiende que renuncia a hacer valer su derecho a objetar al posible conflicto de intereses resultante de dichos hechos o circunstancias y no podrá objetar al nombramiento del árbitro más adelante sobre la base de los mismos hechos o circunstancias. Lo anterior está sujeto a los apartados (b) y (c) de esta Norma General.*
- (b) *No obstante lo anterior, si hubiere hechos o circunstancias tales como los expuestos en la Norma General 2(d), no surtirá efecto la renuncia por una de las partes a su derecho a objetar, ni será válido el acuerdo entre las partes que permita a la persona involucrada desempeñar las funciones de árbitro.*
- (c) *Cuando haya un conflicto de intereses como aquellos ejemplificados en el Listado Rojo Renunciable, la persona involucrada no deberá desempeñar funciones de árbitro. No obstante, dicha persona puede aceptar la designación como árbitro o puede continuar desempeñando funciones de árbitro si se cumplen las siguientes condiciones:*
- (i) *Todas las partes, los demás árbitros y la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) deben estar plenamente informadas del conflicto de intereses; y*
 - (ii) *Todas las partes deben manifestar explícitamente su conformidad con que la persona involucrada desempeñe las funciones de árbitro, pese al conflicto de intereses.*

- (d) *En cualquier etapa del procedimiento el árbitro podrá asistir a las partes para llegar a una transacción que resuelva la controversia. Sin embargo, antes de hacerlo, el árbitro deberá obtener el consentimiento expreso de las partes de que el actuar de esa forma no lo descalificará para seguir desempeñando las funciones de árbitro. Dicho consentimiento expreso será considerado como una renuncia efectiva al derecho que tienen las partes a objetar cualquier conflicto de intereses que pudiera surgir derivado de la participación del árbitro en dicho proceso conciliatorio o por la información a la que el árbitro pueda tener acceso en dicho proceso. Si a pesar del apoyo del árbitro no se llegare a un acuerdo conciliatorio, la renuncia de las partes seguirá siendo válida. No obstante, en consonancia con la Norma General 2(a) y a pesar de la renuncia de las partes, el árbitro deberá renunciar si, como consecuencia de su participación en el proceso conciliatorio, se generan dudas que le impidan mantener su imparcialidad e independencia en las siguientes instancias del procedimiento.*

Nota explicativa sobre la Norma General 4:

- (a) El Grupo de Trabajo sugiere el requisito de que las partes hagan valer su derecho a objetar dentro de un plazo determinado. En opinión del Grupo de Trabajo, este plazo aplica también a aquella parte que se negara a intervenir.
- (b) Esta Norma General se incluye para que la Norma General 4(a) sea consistente con las disposiciones irrenunciables de la Norma General 2(d.) La Lista Roja Irrenunciable muestra ejemplos ilustrativos de tales circunstancias.
- (c) Es posible que, aun si se presentare un conflicto de intereses grave del tipo descrito en la Lista Roja Renunciable, las partes insistan en que la persona afectada desempeñe funciones de árbitro. En este caso es necesario lograr un equilibrio entre la autonomía de las partes y el anhelo de que únicamente haya árbitros imparciales e independientes. El Grupo de Trabajo considera que las personas que tengan un conflicto de intereses grave sólo deberán desempeñar funciones de árbitro si las partes declaran explícitamente que, teniendo conocimiento del asunto, renuncian a su derecho de objetar al árbitro.
- (d) Algunas jurisdicciones, aunque no todas, aceptan que el Tribunal Arbitral ayude a las partes a buscar un acuerdo transaccional en cualquier momento del procedimiento. El consentimiento previo de las partes para que el Tribunal Arbitral proceda en este sentido, tomando en consideración

plenamente las consecuencias de este acto, constituye una renuncia efectiva de las partes a hacer valer su derecho de objetar al árbitro por un posible conflicto de intereses. Generalmente basta con que las partes expresen su consentimiento verbalmente; por el contrario, en algunas jurisdicciones debe prestarse por escrito en un documento firmado. En la práctica, el requisito de que la renuncia sea expresa se cumple cuando las partes manifiestan su consentimiento en el acta o en la transcripción de la audiencia conciliatoria. Además, para evitar que las partes usen al árbitro como conciliador para luego descalificarlo, la Norma General hace hincapié en que la renuncia sigue siendo válida a pesar de que la conciliación fracase. De esta manera, las partes asumen el riesgo de que el árbitro obtenga todo tipo de información sobre las partes al buscar un acuerdo. Por lo tanto, antes de dar su consentimiento expreso, las partes deben sopesar las consecuencias y acordar una regulación sobre esta situación si así lo estimaran necesario.

(5) Alcance o ámbito de aplicación

Estas Directrices se aplican por igual a presidentes de tribunales arbitrales, árbitros únicos y a árbitros designados por las partes. Estas Directrices no se aplican a árbitros no neutrales, quienes no tienen el deber de permanecer imparciales e independientes de las partes, según sea permitido por algún reglamento de arbitraje o en algún Derecho nacional.

Nota explicativa sobre la Norma General 5:

Dado que cada miembro de un Tribunal Arbitral tiene el deber de permanecer imparcial e independiente, las Normas Generales no distinguen entre árbitros únicos, árbitros designados por las partes y presidentes de tribunales arbitrales. En lo que se refiere a los secretarios del Tribunal Arbitral, el Grupo de Trabajo es de la opinión de que es responsabilidad de los árbitros asegurarse de que el secretario sea y se mantenga imparcial e independiente.

Algunos reglamentos de arbitraje y Derechos nacionales permiten que los árbitros designados por las partes no sean neutrales. Cuando un árbitro desempeña las funciones de árbitro no neutral no se le aplican estas Directrices por cuanto el sentido de ellas es garantizar imparcialidad e independencia.

(6) Relaciones

- (a) *Al examinar la relevancia de determinados hechos o circunstancias para juzgar si existe un posible conflicto de intereses o si se han de revelar en cada caso particular, deberán tenerse en cuenta razonablemente las actividades del bufete de abogados del árbitro, de haberlo, para cada caso en concreto. Por consiguiente, el simple hecho de que el bufete de abogados del árbitro intervenga en alguna actividad con una de las partes no quiere decir que automáticamente este hecho dé lugar a un conflicto de intereses, ni que haya que revelarlo.*
- (b) *De igual manera, si una de las partes fuere una persona jurídica que formare parte de un grupo de sociedades con el cual el bufete de abogados del árbitro tuviere alguna vinculación, dicho hecho o circunstancia ha de ser tomado en consideración razonablemente y examinarse cada caso particular. Por consiguiente, este tipo de circunstancias por si solas no originan automáticamente un conflicto de intereses, ni requieren de revelación automáticamente.*
- (c) *Si una de las partes fuere una persona jurídica, se considerará que hay identidad entre ella y sus gerentes, administradores y miembros de su comité de vigilancia y cualesquiera otras personas que ejerzan control sobre la sociedad.*

Nota explicativa sobre la Norma General 6:

- (a) El tamaño creciente de los bufetes de abogados es un hecho que necesariamente había de tenerse en cuenta, pues es parte de la realidad contemporánea del arbitraje internacional. Es necesario equilibrar la importancia que tiene para una parte contar con un árbitro de su elección y la de salvaguardar la imparcialidad e independencia del arbitraje internacional. En opinión del Grupo de Trabajo, en principio se ha de identificar al árbitro con su bufete de abogados, aunque las actividades del bufete de abogados no creen automáticamente un conflicto de intereses. En cada caso particular es necesario determinar la importancia de tales actividades, teniendo en cuenta su naturaleza, alcance y momento de realización. El término que emplea el Grupo de Trabajo es ‘intervención’ en lugar de ‘representación’ porque las relaciones relevantes entre un bufete de abogados y una de las partes pueden consistir en actividades distintas a la de representación en asuntos legales.
- (b) Cuando una de las partes en un arbitraje sea parte de un grupo de sociedades surgen interrogantes particulares en cuanto a los conflictos de intereses. Como ya se expuso en el

párrafo anterior, el Grupo de Trabajo considera que aplicar una regla automáticamente no es la manera adecuada de proceder en este caso, dada la gran variedad de formas de relación existentes en las estructuras de los grupos de sociedades. Por ello, deben examinarse razonablemente en cada caso las circunstancias de la relación que tenga una sociedad con otra integrante del mismo grupo de sociedades.

- (c) Las partes en el arbitraje internacional, por lo general, son personas jurídicas. Por consiguiente, esta Norma General esclarece qué personas físicas han de identificarse con una parte.

(7) El deber del árbitro y de las partes

- (a) *Cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre ella (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades) y el árbitro. Las partes informarán motu proprio antes de que comience el procedimiento o tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de dicha relación.*
- (b) *En cumplimiento de la Norma General 7(a) las partes presentarán toda la información de que dispongan y realizarán diligentemente todo tipo de averiguaciones de información al que se tenga acceso públicamente.*
- (c) *Es deber del árbitro de actuar con diligencia para averiguar si existe un posible conflicto de intereses y si hubiere circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia. La omisión de revelar un posible conflicto de interés no puede ser excusada por la ignorancia de su existencia, cuando el árbitro no haya hecho el esfuerzo, en el ámbito de lo razonable, por averiguar la existencia del posible conflicto de intereses.*

Nota explicativa sobre la Norma General 7:

Para aminorar el riesgo de que se ataque la imparcialidad o independencia de un árbitro sin fundamento, es necesario que las partes den a conocer cualquier relación que tengan con el árbitro, si creen que pueda resultar relevante. Además, desde el comienzo cualquier parte o posibles partes en un arbitraje deben esforzarse diligentemente para determinar si hay alguna información pública sobre circunstancias que, a la luz de la Norma General, afecten a la imparcialidad e independencia del árbitro y, en tal caso, deben revelar dichas circunstancias. Corresponde

al árbitro o a la persona que podría ser designada como tal, hacer averiguaciones semejantes y revelar cualquier información susceptible de crear dudas acerca de su imparcialidad o independencia.

SEGUNDA PARTE: APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS NORMAS GENERALES

1. El Grupo de Trabajo considera que para que las Directrices adquieran importancia e influencia práctica, deben reflejar situaciones factibles de presentarse en la práctica actual del arbitraje. Las Directrices han de guiar a los árbitros, a las partes, a las instituciones arbitrales y a los tribunales estatales sobre el tipo de circunstancias que crea o no un conflicto de intereses y sobre aquellas que, de un modo o de otro, haya que revelar a las partes.

Para dicho propósito, los miembros del Grupo de Trabajo analizaron la práctica jurídica en sus respectivos países y crearon en los Listados de Aplicación unas categorías de situaciones que pueden presentarse. Aunque las listas no abarcan todas las situaciones que se pueden dar, sirven de guía en muchas situaciones ya que se pretendió que fueran lo más exhaustivas posible. En cualquier caso, deberán prevalecer las Normas Generales.

2. El Listado Rojo consta de dos partes, a saber: el Listado Rojo Irrenunciable (véase las Normas generales 2(c) y 4(b)) y el Listado Rojo Renunciable (véase la Norma General 4(c)). Estos Listados contienen una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas susceptibles de crear dudas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro, según el caso. Es decir, que si se presentan tales hechos o circunstancias, una persona prudente cualquiera y con conocimiento de los hechos principales, va a considerar que existe un conflicto de intereses (véase la Norma general 2(b)). El Listado Rojo No Renunciable incluye situaciones que surgen como consecuencia del principio de que nadie puede ser juez y parte a la vez. Por consiguiente, el revelar los hechos o circunstancias del caso no evitará el conflicto de intereses. El Listado Rojo Renunciable incluye situaciones serias, más no tan graves. Dada su seriedad, se tendrán por renunciables sólo en caso de que las partes, de conformidad con la Norma General 4(c) y conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro. Diferente es el caso de las circunstancias que abarca el Listado Naranja, como se verá a continuación.

3. El Listado Naranja es una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que (dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso), a los ojos de las partes, pudieran crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Así, el Listado Naranja refleja situaciones comprendidas en la Norma General 3(a) y que le corresponde al árbitro darlas a conocer. En todos estos casos se entiende que las partes aceptan al árbitro si, habiendo éste revelado los hechos o circunstancias que corresponda, las partes no hacen uso de su derecho de objetar al árbitro dentro del plazo establecido para tal efecto (Norma General 4(a)).
4. Como se expuso anteriormente, debe enfatizarse el hecho de que revelar hechos o circunstancias no tiene por qué conducir automáticamente a la descalificación del árbitro. Es decir, no debe asumirse la descalificación del árbitro por el simple hecho de revelar circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad o independencia. La finalidad de informar a las partes acerca de situaciones sobre las que ellas posiblemente quieran realizar averiguaciones adicionales para poder decidir de manera objetiva –como lo haría cualquier persona prudente que estuviera enterada de los hechos principales– si efectivamente existen dudas fundadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Si la conclusión a la que se llega es que no hay tales dudas, el árbitro podrá desempeñar las funciones de árbitro sin reparo. También podrá desempeñar estas funciones si las partes no presentaren ninguna objeción dentro del plazo establecido para tal efecto, o si las partes explícitamente aceptaren al árbitro conforme a la Norma General 4(c), tratándose de situaciones incluidas en el Listado Rojo Renunciable. Claro está que, aun si una de las partes objetase su designación, el árbitro podrá desempeñar sus funciones si la institución que decide sobre las recusaciones considerase que la objeción no reúne los requisitos de la prueba objetiva para la descalificación del árbitro.
5. Además, una recusación posterior presentada sobre la base de que el árbitro no reveló ciertos hechos o circunstancias, no deberá llevar automáticamente a la no designación del árbitro, ni a la descalificación posterior o nulidad del laudo. En opinión del Grupo de Trabajo, por el solo hecho que el árbitro no haya revelado ciertos aspectos o circunstancias, no debe inferirse que éste sea parcial o una carente de independencia; sólo los hechos o circunstancias no revelados demostrarán si en realidad esto fuere así.

6. El Listado Verde contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses. Por ello, el árbitro no tiene el deber de revelar las situaciones que abarca el Listado Verde. En opinión del Grupo de Trabajo, según se aclaró en la nota explicativa sobre la Norma General 3(a), se deben revelar hechos y circunstancias dentro de ciertos límites razonables. En algunos casos la prueba objetiva deberá prevalecer sobre la prueba meramente subjetiva que se basa en 'la perspectiva de las partes'.
7. Situaciones que se encuentran fuera de los plazos contemplados en algunos supuestos del Listado Naranja, deberán ser generalmente consideradas como incluidas en el Listado Verde, aunque no se mencionen específicamente. De cualquier forma, puede darse el caso que un árbitro quiera revelar ciertos hechos o circunstancias porque, de conformidad con las Normas Generales, estima que eso es lo correcto. Los plazos que se fijan en los Listados fueron ampliamente discutidos y, finalmente, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que los plazos indicados son los apropiados y que servirán de referencia en situaciones donde se carece de ella. Por ejemplo, el plazo de tres años del apartado 3.1 del Listado Naranja puede resultar demasiado largo en algunas circunstancias y demasiado corto en otras. No obstante, el Grupo de Trabajo considera que este plazo servirá como criterio general adecuado a pesar de que está sujeto a las circunstancias especiales de cada caso.
8. Con frecuencia, las líneas que separan las situaciones indicadas son muy delgadas y no se tiene siempre la certeza acerca de si una situación determinada encaja en un Listado o en otro. Asimismo, en los Listados se utilizan términos amplios que abarcan diversas situaciones, como el de 'significativo'. El Grupo de Trabajo debatió a profundidad y en repetidas ocasiones estos dos puntos, tomando en consideración las sugerencias recibidas. Al respecto el Grupo de Trabajo considera que su decisión al respecto refleja al máximo los principios internacionales y, de haber optado por mayores precisiones que en realidad tendrían que ser interpretadas a la luz de los hechos y circunstancias de cada caso, hubiera resultado contraproducente.
9. Se discutió mucho acerca de si realmente era necesario un Listado Verde y si las situaciones que abarca el Listado Rojo Renunciable deberían ser en realidad ser renunciables dado el principio de la autonomía de las partes. En lo relativo al

primer punto, el Grupo de Trabajo mantiene su postura de que la prueba subjetiva para revelar ciertos hechos o circunstancias no se ha de aplicar como criterio absoluto sino introduciendo en ella algunos parámetros objetivos. En cuanto al segundo punto, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que en el contexto que nos ocupa es válido establecer un límite a la autonomía de las partes.

1. Listado Rojo Irrenunciable

- 1.1. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje.
- 1.2. El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje.
- 1.3. El árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro.
- 1.4. El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.

2. Listado Rojo Renunciable

- 2.1. Relación del árbitro con la controversia
 - 2.1.1 El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen respecto de la controversia a instancia de las anteriores.
 - 2.1.2 En el pasado el árbitro intervino en el asunto.
- 2.2. El interés económico, directo o indirecto, del árbitro en la controversia
 - 2.2.1 El árbitro es socio directo o indirecto de una de las partes o de una filial de una de las partes.
 - 2.2.2 Un pariente cercano⁴ del árbitro tiene un interés económico significativo en el resultado de la controversia.
 - 2.2.3 El árbitro o un pariente cercano suyo tiene una relación estrecha con una persona física o jurídica contra quien la parte que resulte perdedora en el pleito pudiera dirigir un recurso.

| 22

- 2.3. Relación del árbitro con las partes o sus abogados
 - 2.3.1 El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a su filial.
 - 2.3.2 El árbitro actualmente representa al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.
 - 2.3.3 Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados.
 - 2.3.4 El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre la filial⁵ de una de las partes y dicha filial interviene directamente en asuntos que son materia del arbitraje.
 - 2.3.5 Anteriormente (aunque ya no) el bufete de abogados del árbitro intervino en el caso pero sin la participación personal del árbitro.
 - 2.3.6 El bufete de abogados del árbitro actualmente tiene una relación comercial significativa con una de las partes o una filial de éstas.
 - 2.3.7 El árbitro asesora de manera regular a quien hace las designaciones de árbitro o a su filial pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtiene ingresos significativos por ello.
 - 2.3.8 El árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, administrador, miembro del comité de vigilancia, o con cualesquiera personas que ejerzan un control similar sobre las partes, o sobre su filial, o con el abogado de una de las partes.
 - 2.3.9 Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en una filial de éstas.

3. Listado Naranja

- 3.1. Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso
 - 3.1.1 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en otro asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una filial suya o el árbitro las asesoró pero en la actualidad no existe relación alguna entre ellos.

- 3.1.2 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente del de la causa.
 - 3.1.3 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una filial de éstas.⁶
 - 3.1.4 Dentro de los tres años anteriores el bufete de abogados del árbitro ha representado a una de las partes o a una filial de éstas en otro asunto independiente del de la causa y sin que interviniera el árbitro.
 - 3.1.5 Actualmente el árbitro desempeña funciones de árbitro o lo ha hecho dentro de los tres años anteriores en otro arbitraje relacionado con el de la causa en el cual también participa una de las partes o su filial.
- 3.2. Servicios profesionales prestados a una de las partes en la actualidad
- 3.2.1 El bufete de abogados del árbitro actualmente presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas sin que por ello haya surgido entre ellos una relación comercial significativa y sin que intervenga el árbitro.
 - 3.2.2 Un bufete de abogados que comparte ganancias u honorarios con el bufete de abogados del árbitro presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas.
 - 3.2.3 El árbitro o su bufete de abogados representa con regularidad a una de las partes en el arbitraje o a una filial de éstas, sin participar en la presente controversia.
- 3.3. Relación entre árbitros o entre árbitro y abogado
- 3.3.1 Los árbitros son abogados del mismo bufete.
 - 3.3.2 Los árbitros o uno de ellos y el abogado de una de las partes son miembros de los mismos colegios o instituciones gremiales.⁷
 - 3.3.3 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue socio o de alguna otra manera estuvo asociado con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el mismo arbitraje.
 - 3.3.4 Un abogado del bufete del árbitro es árbitro en otro arbitraje donde participa una de las partes o ambas o una filial de éstas.

- 3.3.5 Un pariente cercano del árbitro es socio o empleado del bufete de abogados que representa a una de las partes sin participe en el arbitraje.
 - 3.3.6 Hay un vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes, que se manifiesta en el hecho de que el árbitro y el abogado suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales o sociales.
 - 3.3.7 En más de tres ocasiones dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o el mismo bufete de abogados.
- 3.4. Relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje
- 3.4.1 El bufete de abogados del árbitro está actuando actualmente contra una de las partes o una filial de éstas.
 - 3.4.2 Dentro de los tres años anteriores el árbitro estuvo vinculado profesionalmente con una de las partes o una filial de éstas, por ejemplo como empleado o socio.
 - 3.4.3 Hay una amistad personal estrecha entre el árbitro y un gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o la persona que ejerza un control similar sobre una de las partes o una filial de éstas, o entre el árbitro y un testigo o perito; situación que se manifiesta por el hecho que el árbitro y alguna de estas personas suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales ni sociales.
 - 3.4.4 Si el árbitro hubiese sido antes juez y, dentro de los tres años anteriores, hubiera sido el juez de la causa en un pleito importante en el que intervino una de las partes.
- 3.5. Otras circunstancias
- 3.5.1 El árbitro es accionista, directa o indirectamente, de una de las partes o de una filial de éstas cuando se trate de una sociedad pública que cotice en bolsa y las acciones, bien sea por su cantidad o por su clase, representen una parte significativa del capital de dichas sociedades.
 - 3.5.2 El árbitro haya manifestado públicamente una posición específica respecto de algún aspecto de la

materia del arbitraje mediante una publicación, un discurso o de cualquier otra forma.

3.5.3 El árbitro tiene un cargo en una institución arbitral con facultad para designar árbitros en el arbitraje en cuestión.

3.5.4 El árbitro es gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o ejerce un control similar sobre una filial de una de las partes que no interviene directamente en el asunto materia del arbitraje.

4. Listado Verde

4.1. Dictámenes anteriores al arbitraje

4.1.1 Anteriormente el árbitro expresó en público su opinión general (en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión materia del arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión).

4.2. Servicios profesionales prestados en la actualidad contra los intereses de una de las partes

4.2.1 El bufete de abogados del árbitro actuó contra una de las partes o una filial de éstas en un asunto que no está relacionado con el arbitraje y en el que el árbitro no participó.

4.3. Servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las partes

4.3.1 Un bufete de abogados asociado o unido por una alianza con el bufete de abogados del árbitro, que no comparte ni honorarios ni cualesquiera otros ingresos con el bufete de abogados del árbitro, presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial en un asunto que no está relacionado con el arbitraje.

4.4. Contactos con otro árbitro o con el abogado de una de las partes

4.4.1 El árbitro tiene relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes por pertenecer a una misma asociación profesional u organización de tipo social.

4.4.2 Con anterioridad, el árbitro y el abogado de una de las partes u otro árbitro han desempeñado conjuntamente funciones de árbitro o de abogados.

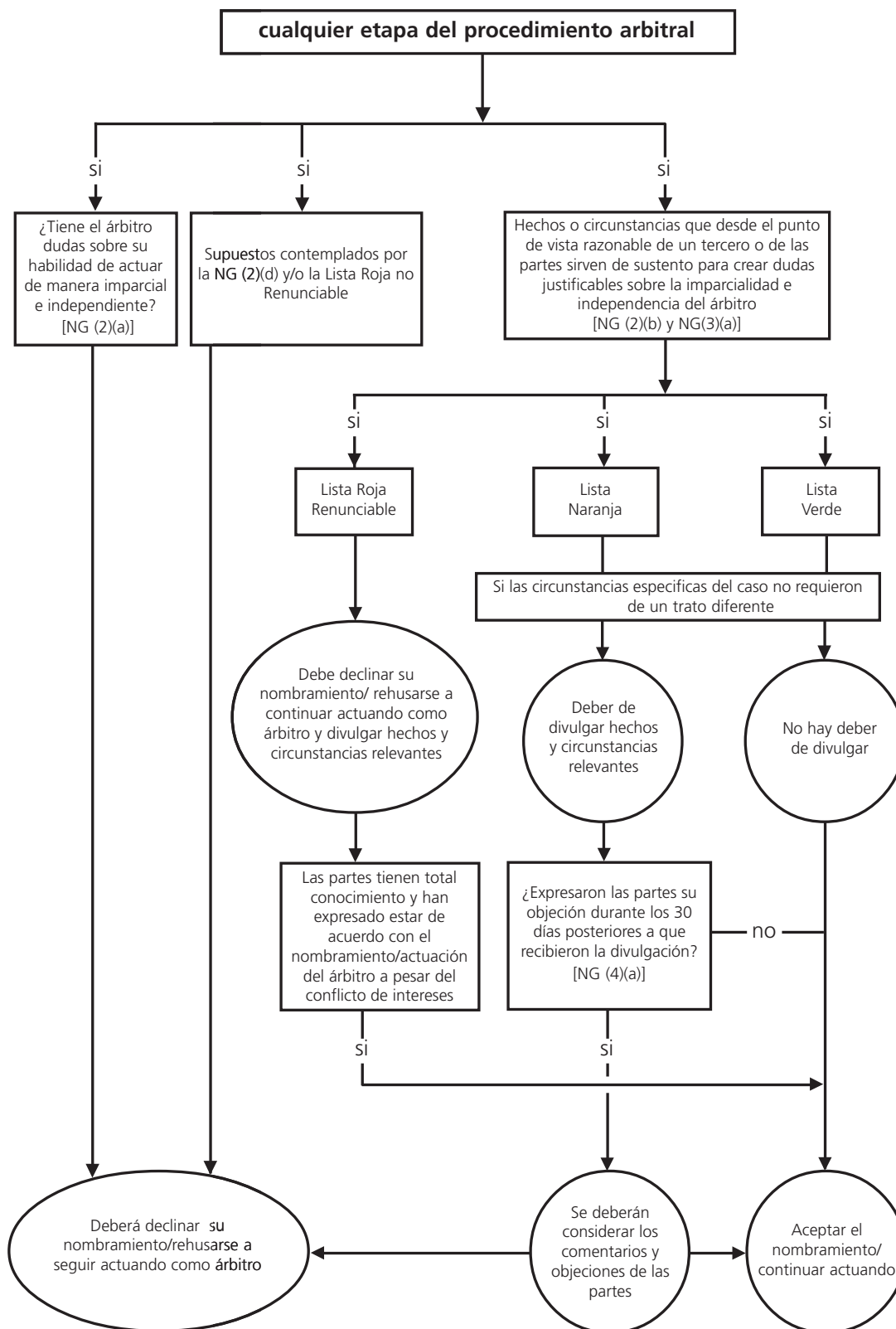
- 4.5. Contactos entre un árbitro y una de las partes
- 4.5.1 Previamente a su designación, el árbitro tuvo un primer contacto con la parte que lo designó o con una filial ésta (o con sus respectivos abogados) pero el contacto estuvo limitado a indagar sobre la disponibilidad del árbitro y su cualificación o sobre los nombres de posibles candidatos a la presidencia del tribunal arbitral y no se discutió el fondo del asunto de la controversia ni cuestiones de procedimiento.
- 4.5.2 El árbitro es accionista de una de las partes o de una filial de éstas, siempre que se trate de sociedades publicas que coticen en bolsa pero la cantidad de acciones que tiene el árbitro es insignificante.
- 4.5.3 El árbitro y el gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o quien ejerza un control similar sobre una las partes o una filial de éstas trabajaron juntos como peritos o trabajaron juntos como profesionales de alguna otra manera, incluso desempeñando las funciones de árbitro en un mismo asunto.

A estas Directrices se adjunta un diagrama para facilitar el uso de los Listados. Se trata, sin embargo, de una simplificación esquemática de una realidad muy compleja y hay que tener en cuenta que en cada caso siempre prevalecerán las circunstancias particulares.

Notes

- 4 A lo largo de los Listados de Aplicación se usa el término 'pariente cercano' para referirse al cónyuge, hermano o hermana, hijo o hija, padre o madre o pareja de hecho.
- 5 A lo largo de los Listados de Aplicación se usa el término 'filial' para referirse a todas las sociedades que de alguna forma u otra formen parte de un grupo de sociedades incluyendo la sociedad matriz.
- 6 En cierto tipo específico de arbitrajes, como el arbitraje marítimo o aquel relativo a materias primas, se acostumbra escoger a los árbitros de dentro de la comunidad de especialistas en estas materias. Cuando en el tipo de arbitraje de que se trate se tenga por costumbre que las partes seleccionen una y otra vez a un mismo árbitro para distintos asuntos, no será necesario poner de manifiesto esta circunstancia ya que se presume que las partes conocen tal costumbre.
- 7 En la Información sobre el Contexto e Historia de las Directrices publicada por el Grupo de Trabajo se exponen sus reflexiones sobre algunas cuestiones relativas a los 'barristas' ingleses.

Organigrama Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional



ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE EN IBEROAMÉRICA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Francisco La Moneda Díaz

Académico Correspondiente
de la Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE EN IBEROAMÉRICA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Francisco La Moneda Díaz

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Extremadura. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

El objeto de la presente comunicación, no es otro, que el de poner de manifiesto la importancia que la institución arbitral representa para todos los ciudadanos, (cuestión ésta bien conocida por los juristas), así como las importantes lagunas que respecto a este tema, existen a nivel internacional, y más especialmente, en el ámbito de este Congreso, respecto a un colectivo necesitado de especial protección: los discapacitados. Puede afirmarse, sin lugar a dudas que se trata de uno de los puntales de nuestro derecho moderno en el que España ha sido pionera. Desde el arbitraje privado al institucional del arbitraje familiar, laboral, de transporte al de consumo, del resuelto en derecho o en equidad, etc... nos encontramos con un amplio espectro de disposiciones dispersas por nuestra legislación que regulan de manera más o menos extensa esta institución jurídica¹¹⁶⁰.

1160 Vid. ALVAREZ ALARCÓN, "La Ley de Arbitraje: Intervención y control jurisdiccional". *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, n 5, 1991. REGLERO CAMPOS, *El arbitraje: el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo*. Madrid. 1991. LORCA NAVARRETE. *Tratado de Derecho de Arbitraje*. San Sebastián, 2003. Uno de los autores más prolíficos en materia de arbitraje, fue el notario CAMPO VILLEGAS "Sobre la prórroga del plazo para dictar el laudo arbitral. (Comentarios a la Sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de Julio de 2002)" en *Anuario Justicia Alternativa, Derecho Arbitral*, n° 4 de 2003. "Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas" en *Anuario Justicia Alternativa y Arbitraje*. Tribunal Arbitral de Barcelona y Bosch. N° 8.2007. "La partición hereditaria arbitral" en *La Partición Hereditaria*.

Trataremos brevemente algunas de las legislaciones, teniendo en cuenta el escaso margen que una exposición de esta índole permite.

En primer término, hemos de destacar que ninguna de las legislaciones estudiadas contempla un arbitraje especial para los discapacitados, salvo el ordenamiento jurídico español. En efecto, hay que mencionar el Real Decreto 1417/2006 de 1 de Diciembre, por el que se establece el Sistema Arbitral para la Resolución de Quejas y Reclamaciones en Materia de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad por razón de Discapacidad, que establece de forma novedosa y por vez primera en nuestro ordenamiento una regulación específica en materia arbitral en beneficio de un colectivo que representa un pequeño pero significativo, porcentaje de nuestra sociedad. Dicha normativa tuvo en cuenta lo establecido en la normativa comunitaria (concretamente la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de Junio y Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de Septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CE del Consejo) que preveía un sistema de resolución extrajudicial de conflictos, como sistemas de conciliación complementarios a los judiciales y administrativos.

En realidad se trataba de una exigencia que ya establecía en su art. 17 la Ley 51/2003 de 2 de Diciembre de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad universal de las Personas con Discapacidad¹¹⁶¹. El art. 17 del mencionado texto, preveía el establecimiento de un sistema arbitral “que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación”¹¹⁶². Esta última regulación obedece al mandato que la Disposición Final Decimotercera que confería al gobierno un plazo de dos años para establecer el mencionado procedimiento arbitral.

Necesariamente tenemos que encuadrar la precitada norma en el marco de la Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de Diciembre vino a sustituir a la anterior 36/1988 de 5 de Diciembre, la cual a su vez era tributaria de la vocación al arbitraje comercial internacional antes manifestado explícitamente en el Real Decreto 1094/1981 de 22 de Mayo. En puridad, esta ley vino motivada por la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para del derecho mercantil internacional de 21 de Junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de Diciembre de 1985.

Esta ley constituye el marco jurídico¹¹⁶³ sobre el que se desenvuelve el resto de la regulación del arbitraje en España. De tal manera, que la regulación contenida en esta ley rige de forma supletoria en las materias que son objetos de otras normas arbitrales y a su vez, constituyen la regulación básica y fundamental en materias no contempladas en las anteriores, como en lo referente a la terminación de las actuaciones arbitrales, ejecución forzosa del laudo, exequátur, etc...

Merece especial mención, dada su proximidad temporal, que nos refiramos a los proyectos de reforma de la mencionada ley que pretende cubrir las lagunas detectadas en la aplicación de la norma. El proyecto existente se denomina “Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 60/2003, de 23 de Di-

Coordinador Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Ed. Ramón Areces. 2006. “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas” en Anuario Justicia Alternativa y Arbitraje”. Tribunal Arbitral de Barcelona y Bosch. N° 8, 2007. “Los notarios ante el arbitraje. Nuestra postura. “Revista “El notario del siglo XXI”. Número 20 de julio-agosto 2008. COLMENERO GUERRA, en *La intervención jurisdiccional en el Arbitraje de Consumo*. Sevilla, 1999. MARTÍN MUÑOZ y HIERRO ANIBARRO. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid, 2006.

1161 El art. 7 del mencionado texto refiere: “*Contenido de las medidas contra la discriminación: Las medidas contra la discriminación podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos...*”

1162

1163 Sobre este tema puede consultarse a LORCA NAVARRETE y MATHEUS LOPEZ en *Tratado de Derecho de Arbitraje*. San Sebastián, 2003. Igualmente LA MONEDA DIAZ, en “La Ley 60/2003 y su incidencia en el Sistema Arbitral de Consumo”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 2º Tr. 2004.

ciembre de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado”.¹¹⁶⁴ El proyecto, aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 16 de Julio de 2010, pretende (de ahí que incidamos especialmente en este aspecto) contribuir al impulso del arbitraje como medio de resolución extrajudicial de conflictos al que las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991 ya reconocieron la consideración del equivalente jurisdiccional. Esta norma pretende establecer y regular el nombramiento judicial de árbitros, modificar la actual competencia para el exequátur de laudos extranjeros, así como de anulación del laudo, que pasan ahora a ser competencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Se impulsa el arbitraje de Derecho, suprimiendo el arbitraje de equidad en los de carácter interno obligando a que el basamento de toda resolución arbitral, lo sea en Derecho, si bien respetando la disposición adicional única de la Ley 60/2003 que a su vez se remitía al arbitraje en equidad que posteriormente y de forma expresa regularía el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo que establecía con carácter preferente, la equidad como base del laudo.¹¹⁶⁵

El artículo 5 contiene novedades en lo que se refiere a la capacidad, la responsabilidad y las incompatibilidades de los árbitros, considerados como pieza clave de la institución del arbitraje, razón que justifica el reforzamiento de su independencia y la transparencia de su labor. Al mismo tiempo, se trasladan al ámbito arbitral las exigencias de la Directiva de servicios, ya incorporada a nuestro ordenamiento, lo que lleva a suprimir la exigencia de que cuando el arbitraje se resuelva por un único árbitro éste sea un abogado en ejercicio, entendiéndose que existen otros juristas que pueden actuar como árbitros. No obstante, cuando el arbitraje se vaya resolver por un tribunal arbitral uno de los árbitros sí ha de reunir la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo en contrario.

Así mismo, se insiste en la necesidad de motivar el laudo (art. 6 del Proyecto, que reforma el art. 37.4¹¹⁶⁶ de la Ley 60/2003). En realidad era una necesidad que por obvia no venían especificando las anteriores leyes de arbitraje, y sobre la que ley 60/2003 puso especial énfasis en el referido precepto, habida cuenta de la proliferación de laudos que se iban dictando carentes de absoluta motivación. El texto de 2003 vino a configurar una resolución arbitral motivada a excepción de que las partes hubiesen convenido otra cosa. Todas estas posibles modificaciones, van a tener gran incidencia, como posteriormente veremos, sobre el arbitraje de los discapacitados, ya que, lógicamente, supone una importante ampliación del marco regulativo y supletorio.

Un hito trascendental lo supuso en materia de discapacidad la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que entró en vigor el 3 de Mayo de 2008¹¹⁶⁷, fecha hasta la que no existía un tratado global y concreto que atendiera a esta minoría que es la más grande de nuestro planeta.. Ya existían las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de 1.993, igualmente adoptadas por la Naciones Unidas, normas de carácter que pretendían dar a las personas discapacitadas las mismas oportunidades que a cualquier otro ciudadano.

1164 Igualmente nos encontramos con el “Anteproyecto de la Ley Orgánica Complementaria a la La Ley para la reforma de la Ley 60/2003 de 23 de Diciembre de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado y a la Ley del Medición en asuntos civiles y mercantiles, para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial”. Por otra parte nos encontramos el “Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”

1165 El art. 33.1 de dicha norma establece: “El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho.”

1166 “El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior”.

1167 Según los datos a 24 de Agosto de 2010, de la ONU, los países iberoamericanos que habían ratificado la Convención eran: **Cuba** - 6 de septiembre de 2007, **Ecuador** - 3 de abril de 2008,, **El Salvador** - 14 de diciembre de 2007, **España** - 3 de diciembre de 2007, **Filipinas** - 15 de abril de 2008, **Honduras** - 14 de abril de 2008, **Jamaica** - 30 de marzo de 2007, **México** - 17 de diciembre de 2007, **Nicaragua** - 7 de diciembre de 2007, **Panamá** - 7 de agosto de 2007, **Perú** - 30 de enero de 2008. Por otra parte, los países que han ratificado el Protocolo Facultativo son: **Ecuador** - 3 de abril de 2008, **El Salvador** - 14 de diciembre de 2007, **España** - 3 de diciembre de 2007, **México** - 17 de diciembre de 2007, **Panamá** - 7 de agosto de 2007, **Perú** - 30 de enero de 2008.

Tenían el inconveniente tales normas, de estar privadas de carácter vinculante, sin que por tanto se pudiese obligar a su cumplimiento a ningún país.

El concepto de discapacidad, que no vamos a estudiar ahora, por ser materia de otro estudio, no es otro que la deficiencia física, psíquica y/o sensorial que pueden o no incluir deficiencias en el desarrollo de la persona. Es evidente que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los obstáculos o barreras que impiden su participación en la sociedad. Pues bien, aunque nos pueda parecer increíble, no ha sido hasta recientes fechas, cuando a nivel de la ONU se ha logrado llegar a la Convención antes mencionada. No puede perderse de vista el dato nada desdeñable, de que un 10% aproximadamente de toda la población mundial padece alguna forma de discapacidad, es decir, unas 650.000.000 de personas, de las cuales, como suele ocurrir, el ochenta por ciento de las mismas, es decir, más de 400.000.000 viven en países pobres. Si incluimos a los familiares inmediatos, el número de personas afectadas por alguna discapacidad suma más de mil millones. Por otra parte, en los países que tienen una expectativa de vida de más de 70 años (como es el caso de España), los individuos pasan un promedio de 8 años, es decir el 11,5% de su vida, con alguna discapacidad.

Sin duda que este marco legal al que nos referimos en este punto, convierte a los discapacitados de ser meros tenedores de derechos a sujetos de derechos., proporcionando normas legales aceptados globalmente en cuanto a derechos, esclareciendo el contenido de los principios, estableciendo mecanismos eficaces de supervisión e información por grupos de expertos, constituyendo en suma, un punto de referencia para la cooperación internacional.¹¹⁶⁸ La Jefe de la Secretaría de la ONU para el Convenio¹¹⁶⁹, la Sra. Akiko Ito manifestó que *“La sociedad está perdiendo mucho de un gran grupo con talento, ya que las personas con discapacidad pueden contribuir con una amplia gama de pericia, destrezas y talentos”*.¹¹⁷⁰ La Convención y su Protocolo facultativo fueron aprobados el 13 de Diciembre de 2006, abierto a la firma el 30 de Marzo de 2007 y entró en vigor el 3 Mayo de 2008, acordándose la creación de un comité, que, integrado por expertos independientes, recibirá informes con cierta periodicidad de los Estados sobre los progresos realizados.

Análisis de la regulación en algunos países Iberoamericanos

En realidad en la regulación que vamos a ver a continuación nos encontramos con expresas referencias a la persona del discapacitado y a su capacidad, pero ninguna mención expresa al arbitraje específico como instrumento de este colectivo, como sin embargo, sí existe en España. Por otra parte es preciso indicar, que no obstante, y teniendo en cuenta que el arbitraje en general requiere la formalización de un convenio arbitral, el discapacitado podrá recurrir a él siempre que no esté judicialmente incapacitado, dado que únicamente requerirá la genérica capacidad para contratar, como veremos en algunos países del entorno. Por ello, como ocurre en Portugal, donde se regula el arbitraje (Ley nº 31/86 de 29 de Agosto, reformada por Decreto-Ley 38/2003 de 8 de Mayo), al igual que en España, con la Ley de Arbitraje 60/2003, el discapacitado tendrá a su alcance, como cualquier ciudadano, someterse a la vía arbitral, alternativa y excluyente de la vía judicial. A parte de este principio de lógica jurídica, como regulaciones sobre discapacitados nos encontramos:

- En PORTUGAL nos encontramos con la Ley nº 38/2004 de 18 de Agosto que define las bases generales del Régimen jurídico de prevención, Habilitación, Rehabilitación y participación de las personas con deficiencia, que recoge como principios esenciales el de singularidad, ciudadanía, no discriminación, autonomía, información, participación, calidad, cooperación, transversalidad y soli-

1168 Como dijo Don Mackay, presidente del comité que redactó el tratado: *“La simple existencia del convenio, da a las personas con discapacidad y a sus organizaciones la facultad para que le digna sus gobiernos: “ustedes han aceptado estas obligaciones”, e insistir en que las cumplan”*

1169

1170 En una encuesta en Estados Unidos en el 2003, casi tres cuartas partes de los empleadores manifestaron que los empleados con discapacidad no requerían de adaptaciones especiales.

daridad. Igualmente no podemos pasar por alto la regulación de los arts. 764 y ss. del Código Civil portugués de 1.966, reformado por la Ley 59/99 de 30 de Junio. Destacar por último el Decreto-Ley nº 202/1996 que establece el régimen de validación de incapacidades de personas con deficiencia para los efectos de acceso a las medidas y beneficios previstos en la ley.

- MEXICO cuenta con la Ley General de las Personas con Discapacidad de 10 de Junio de 2005 (reformada el 1 de Agosto de 2008) que define en su art. 2, punto XI a la persona con discapacidad, destacando que además puede agravarse su incapacidad por el entorno económico y social. El Código Civil Federal de México de 1.928 (reformado el 13 de Abril de 2007), regula igualmente en su art. 2 y 450 y ss. la capacidad jurídica, recogiendo la casi generalizada exclusión de los “disminuidos o perturbados en su inteligencia”, excluyendo en su art. 1.795 de la contratación (y por ende, del arbitraje general) la incapacidad legal.

- BRASIL, es heredero igualmente de la tradición romana-germánica derivado de los derechos portugués, español, italiano, belga y alemán. El actual Código Civil, aprobado por la Ley nº 10.406 de 10 de Enero de 2002, regula igualmente la capacidad de las personas. Específicamente el Decreto nº 3.298 de 20 de Diciembre de 1.999 que establece disposiciones relativas a la Política Nacional para la Integración de Personas portadoras de Deficiencias, sin especificar otras relativas a campos más específicos (Decretos 5.296 y 6.214).

- CHILE cuenta con un Ley sobre Personas con Discapacidades Mentales, ley 18.600 de 30 de Enero de 1.987, modificada por la 19.735 de 26 de Febrero de 2001. Como es sabido cuenta con un Código Civil de 1.857, obra de Don Andrés Bello López (que regula en su art. 1.445 y ss. la capacidad para contratar). El art. 3 de la referida ley anteriormente mencionada define al discapacitado, precepto que hemos de completar con el Decreto Supremo 2505 de 7 de Marzo de 1995 que establece el Reglamento para la Evaluación y Calificación de la Discapacidad a que se refiere la mencionada ley.

- COLOMBIA tiene una Ley, la 361 de 7 de Febrero de 1997, por la que se establecen los Mecanismos de Integración Social de las Personas con Limitación y se dictan otras disposiciones en la misma, definiendo a éstas en su art. 5, regulando en sus art. 1503 y ss. los requisitos de capacidad¹¹⁷¹. No podemos obviar la Ley 762 de 2002 “por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad” suscrita en Guatemala en 1.999.

- COSTA RICA contienen su concepto de discapacitado en la Ley 7600 de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, publicada el 29 de Mayo de 1.996, normativa en la que se regula además la ayuda y servicios de apoyo al discapacitado. El art. 36 y ss. en concordancias con el 1007 y ss. del Código Civil emitido por la Ley nº 30 de 19 de Abril de 1.885¹¹⁷² regula la capacidad de las personas, así como el art. 627 los requisitos para la validez de las obligaciones cuestión que habrá que completar con el Código de Familia (Ley nº 5.476). También Costa Rica mediante la Ley 7948 procedió a la aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

- ARGENTINA en su Código Civil, extraordinaria glosa de su derecho privado, (obra, entre otros principalmente de Vélez Sársfield) regula igualmente la capacidad de las personas en sus arts. 6 y ss. contando con una singular legislación global denominada Ley 22.431 por la que se regula el Sistema de Protección Integral de los Discapacitados de 16 de Marzo de 1.981¹¹⁷³.

1171 Sobre este país puede consultarse PALACIOS RIZZI, en *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid. 2008

1172 Con importantes reformas, como las de 21/12/1973 y 14/10/1996

1173

En realidad podríamos extendernos sobre la normativa y sus densos e interesantes contenidos de los distintos países iberoamericanos, pero quedaríamos fuera ya del objeto de esta breve exposición. Hemos querido dejar de manifiesto, que nuestras naciones han regulado de forma más o menos perfecta hasta ahora el concepto de discapacitado y la trasposición de tal deficiencia al régimen jurídico de la capacidad de obrar. Pero aún nos encontramos con graves y grandes deficiencias. Entendemos que el paso más importante lo constituye sin duda la mencionada Convención de las Naciones Unidas (especialmente su art. 12), pero hay aspectos específicos y puntuales que es preciso normar a fin de ir logrando la desaparición de todo tipo de barreras, y lo que es igualmente importante, la creación de puentes jurídicos que privilegien a quienes la naturaleza ha negado ciertas facultades. En éste orden de cosas es donde hemos de destacar, de una parte, la ausencia generalizada, a excepción de España (pionera a su vez, a nivel internacional), de una específica regulación de un sistema arbitral para los discapacitados, y al mismo tiempo encuadrar por ello el éxito que legislativamente supone la creación de tan novedosa vía.

El mencionado Real Decreto 1417/2006 español, tomó como base el entonces vigente Decreto 636/1993 de 3 de Mayo por el que se regulaba el Sistema Arbitral de Consumo. Hay que precisar que si bien esta norma adolecía de ciertas carencias, era bastante más flexible y desvestida de trámites que la actual ha venido a imponer, desapareciendo, en gran medida la agilidad y rapidez que caracterizaban al sistema.

Este sistema, se configura, a similitud del mencionado, como “sin formalidades especiales, para atender y resolver con carácter vinculante para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad...”(art. 1.2)¹¹⁷⁴. Igualmente el sometimiento al sistema es de carácter voluntario, e igualmente sus resoluciones (que recibirán la denominación también de laudo) son títulos ejecutivos como recoge el art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

Sin duda comete un error el legislador al regular la cuestión, pues confunde dos figuras: la de la junta arbitral y la del colegio arbitral. Bien es sabido que mientras la primera se encarga de la tramitación administrativa del expediente en cuestión y de la designación del propio colegio con sus miembros integrantes, la segunda por el contrario, es el órgano colegiado que va a resolver “*a quo*” el asunto objeto de la reclamación. Al igual que el arbitraje institucional a que nos venimos refiriendo, se establece que la decisión arbitral será en equidad, salvo que las partes optaran expresamente porque la misma sea conforme a Derecho. Bien es sabido, como ya recogió nuestro Alto Tribunal desde inmemoriales tiempos que la equidad es el más sano principio inspirador de nuestro derecho positivo, y que consiste en algo tan eminentemente de justicia, como la adaptación del Derecho a las particularidades del caso concreto, fijándose más en la justicia material que en la justicia abstracta. Quizá pocos campos son tan sensibles como la discapacidad, a la tensión que emerge entre los atropellos a este colectivo y la necesaria y urgente defensa y restablecimiento de sus legítimos intereses. Por ello, sin duda, celebramos la aprobación de este texto, pero no podemos dejar atrás una exigencia inmediata de su aplicación, que aún no goza de la implantación que merece.

Uno de los puntos más discutidos por su falta de claridad, es precisamente el ámbito de aplicación de la norma, dado que la misma establece que las controversias se referirán a “a) telecomunicaciones y sociedad de la información, b) espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación, c) transportes, d) bienes muebles e inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, comercializados directamente a los consumidores como destinatarios finales, que las personas jurídicas o físicas, individuales o colectivas, profesionales o titulares de establecimientos públicos o privados, fijos o ambulantes, produzcan, facilitan, suministren o expidan, en régimen de derecho privado. e) Relaciones con las Administraciones Públicas en el ámbito del Derecho Privado” (art. 2.1).

1174 Esta última frase “accesibilidad universal”, no se encontraba en el art. 17 de la Ley 51/2003, del que esta norma es heredera.

No cabe duda que el referido ámbito resulta notoriamente genérico y que nació con ansias globalizadoras que pueden resultar plausibles, sino fuera por el hecho de que la aplicación de qué hechos en concretos pueden al final ser objeto de queja o reclamación va a resultar, como nos dice la experiencia ya en el campo de Consumo, (donde está más delimitado su ámbito), un verdadero caballo de batalla que de lugar a inadmisiones discutibles, o a *sensu contrario*, a admisiones poco comprensibles. ¿porqué al igual que opta por emular el procedimiento arbitral referido, no lo hace respecto a su ámbito de aplicación, si bien circunscrito al campo de los discapacitados?. Puede que tan omnicomprendivo objeto, cuya intencionalidad es plausible, de lugar en la práctica a no pocas dudas de aplicación.

La exposición de esta comunicación, tiene como pretensión, exportar a nuestros países hermanos una (entendemos) acertada legislación (referente a nivel europeo), para que, aún con sus errores, pueda ser tomado como referencia y mejorado, como lo fue nuestro *corpus iuris civile*, por aquellos estados que, desde hace décadas, como sin carácter exhaustivo hemos visto, vienen mostrando su intensa preocupación e interés por los discapacitados en sus normas jurídicas.

“TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL”

Fernando Sarmiento Cifuentes

Miembro de Número de la
Academia Colombiana de
Jurisprudencia

Como Miembro de la Delegación de Colombia, tengo el honor de presentar a su digna atención el trabajo denominado “Tutela contra Laudo Arbitral”, que corresponde a la Segunda Sección del VII Congreso, relativo al Arbitraje Internacional, el que contempla el análisis de un caso que considero emblemático en relación con la aplicación del Recurso de Amparo (Tutela) practicado en Colombia, y dirigido en los últimos tiempos para controvertir laudos arbitrales, procedimiento que considero debe ser modificado para que, sin restringir el derecho de defensa y el debido proceso, se conserve la celeridad de la que debe estar dotado el juicio arbitral y la seguridad jurídica que debe rodear su pertinencia.

En desarrollo de la acción de tutela se contemplaron los acontecimientos propios de un conflicto contractual de tipo administrativo que se llevó al juzgamiento y decisión de un Tribunal de Arbitraje, ya que en el respectivo contrato estatal de concesión estaba pactada la Cláusula Compromisoria.

Introducción

El contrato de concesión tenía por objeto realizar los diseños, rehabilitación, construcción, operación, conservación y mantenimiento de una carretera:

Factores ajenos a los contratantes, entre otros, la oposición de la comunidad afectada que rechazó el cobro de peajes y la ejecución misma del proyecto, llevaron a las partes a suscribir el **acta de terminación anticipada del contrato**.

Luego del fracaso de diversas tentativas de arreglo directo las partes acordaron **convocar a un Tribunal de Arbitramento**, para que efectuara la liquidación del contrato.

El concesionario presentó **demanda ante el correspondiente Centro de Arbitraje** y entre sus pretensiones pidió, que el Tribunal liquidara el contrato y, además, que declarara la ruptura de la ecuación económico-financiera del mismo.

La entidad territorial¹¹⁷⁵ presentó recurso de reposición contra la admisión de la demanda. El Centro de Arbitraje confirmó su admisibilidad. Instalado el Tribunal, **la entidad territorial** al

1175 Un Departamento.

contestar la demanda **presentó excepciones** aduciendo primordialmente la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal Arbitral.

El Tribunal se declaró competente para conocer de las pretensiones planteadas.

Ocurrido lo anterior, la entidad territorial dictó un **acto administrativo de liquidación unilateral** del contrato en el que argumentó en contra de los montos de inversión efectuados por el concesionario y formuló deducciones económicas que consideró pertinentes sobre los mismos, para establecer un valor neto final que para el concesionario resultó inaceptable.

El concesionario recurrió contra la resolución de liquidación unilateral del contrato y la entidad territorial que lo había proferido resolvió desfavorablemente el recurso.

Concepto de la Sala de Consulta

Se elevó a la **Sala de Consulta** y Servicio Civil del Consejo de Estado¹¹⁷⁶ la solicitud para que conceptuara sobre la competencia de la entidad territorial para liquidar unilateralmente el contrato. La Sala de Consulta conceptuó improcedente dicho acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, al estimar que la entidad territorial había perdido competencia por haberle sido ya notificado el auto de admisión de la demanda arbitral.

Luego, la entidad territorial, mediante una segunda resolución, desatendiendo lo conceptuado por la Sala de Consulta, confirmó el acto de liquidación unilateral del contrato.

El concesionario interpuso **acción de tutela** contra la entidad territorial con el argumento de que las resoluciones de liquidación unilateral del contrato vulneraban en su desfavor, los derechos al debido proceso y del acceso a la justicia. **El juzgado de tutela** en primera instancia **denegó** dicha acción. **La Sala Civil del Tribunal Superior** correspondiente falló en **segunda instancia** la tutela en el sentido de que el tribunal de arbitraje era competente para conocer y definir los aspectos económicos del diferendo y que, hecha como estaba la convocatoria del tribunal arbitral y admitida y notificada legalmente la demanda, **la entidad territorial carecía de la facultad de liquidar unilateralmente el contrato** y que en tal entorno jurídico no era viable afectar la validez del fallo que expidiera el tribunal arbitral. Enviada esta decisión de tutela a la Corte Constitucional para revisión, esta fue descartada y así **la sentencia de tutela alcanzó aparentemente firmeza, haciendo tránsito a cosa juzgada constitucional**.

Laudo Arbitral

El Tribunal Arbitral emitió el **laudo**. Declaró la ruptura del equilibrio económico del contrato. Condenó a la entidad territorial a pagar al concesionario suma cierta de dinero por concepto de inversión en la obra. Negó al concesionario el reconocimiento de sobrecostos y perjuicios así como la procedencia de intereses sobre las sumas reconocidas, al tiempo que rehusó la actualización monetaria pretendida. Finalmente, rechazó la pretensión de que se liquidara el contrato, por ser improcedente a términos de la Ley 80 de 1993¹¹⁷⁷ y de acuerdo con las decisiones de la Corte Constitucional, que enunció, y por último, no condenó en costas a la entidad territorial.

Recurso de Anulación

La entidad territorial, elevó **recurso de anulación** contra el laudo que cursó en la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, basándolo en las siguientes causales¹¹⁷⁸:

1176 De conformidad con los artículos 236 y 237 de la Carta Constitucional. El Consejo de Estado de Colombia está conformado por la Sala de Consulta, que no tiene funciones jurisdiccionales y cinco secciones de lo Contencioso Administrativo.

1177 Es el Estatuto General de Contratación Pública.

1178 Están previstas, entre otras, en el artículo 163 del Decreto Compilatorio No. 1818 de 1998.

- Haberse fallado en conciencia cuando el laudo debía pronunciarse en derecho;
- Contener la parte resolutive disposiciones contradictorias;
- Recaer el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros;
- Haberse concedido más de lo pedido;

Por último, impetró la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita.

Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado

La **Sección Tercera del H. Consejo de Estado** dictó sentencia en la que **declaró infundado el recurso de anulación¹¹⁷⁹**, por no prosperar ninguna de las causales aducidas.

Acción de Tutela contra el Laudo Arbitral

La entidad territorial **accionó en tutela¹¹⁸⁰ contra el Tribunal de Arbitraje y contra la Sección Tercera**, atribuyéndoles a uno y a otra la violación del derecho fundamental al debido proceso y por haber incurrido en **vías de hecho**, tanto en el laudo como en la sentencia mencionados;

El conocimiento de la acción de tutela correspondió a la **Sección Cuarta** del Consejo de Estado, en primera instancia, la que la denegó al considerar que los accionados no habían incurrido en las vías de hecho que les atribuía la entidad territorial, ni en violación al derecho fundamental al debido proceso. Precisó que los demandados (Tribunal Arbitral y Sección Tercera) “... hicieron (...) una interpretación jurídica de fondo del asunto de la controversia...” con arreglo a la normatividad y a las pruebas”.

Correspondió el trámite de la segunda instancia de tutela a la Sección Quinta del Consejo de Estado, la que rechazó su viabilidad y afirmó que, en ningún caso, la tutela es viable contra decisiones judiciales, porque implica el desconocimiento de los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica e independencia judicial, puesto que la tutela en este caso fue planteada contra sentencias judiciales¹¹⁸¹;

Sentencia de la Sala de Revisión

Ingresada la acción de tutela a la Corte Constitucional, la Sala de Revisión¹¹⁸² correspondiente, al fallar, se ocupó, entre otros temas, de la naturaleza del arbitraje, del principio de indisponibilidad de las potestades públicas y de la invulnerabilidad de los actos administrativos dentro del proceso arbitral. Se refirió a la contratación estatal, a la liquidación unilateral del contrato como prerrogativa de las entidades públicas, manifestando al efecto: que la liquidación unilateral del contrato no tiene limitación temporal en las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni en las del Código Contencioso Administrativo puesto que los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993 no prevén nada al respecto y el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del código mencionado simplemente establece un plazo habilitante para que el contratista pueda acudir ante la jurisdicción, a fin de lograr la liquidación del contrato ante la omisión de la Administración de hacerlo.

Precisó que el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato tiene a su favor la presunción de legalidad y que sus efectos sólo pueden ser enervados a través de los recursos en la vía gubernativa o del ejercicio de la acción contenciosa cuando dicho acto no se ajusta a la ley o cuando en él se desconocen los derechos del contratista.

1179 Procede, fundamentalmente, por *errores in procedendo*, contra el Laudo Arbitral, Art. 161 ibidem.

1180 Prevista en el artículo 86 de la Constitución Colombiana de 1991 (vigente).

1181 Empero, calificó con acierto el laudo como sentencia.

1182 Para los efectos de los que se trata, la Corte Constitucional está formada por su Sala Plena y por Salas de Revisión.

Concluyó la Sala de Revisión con la afirmación de que admitida la demanda y debidamente notificada, para la entidad territorial, sin embargo, no había precluido el término para liquidar unilateralmente el contrato de concesión, ni tampoco había caducado la acción contenciosa para que el concesionario demandara ante la jurisdicción por sus derechos derivados de la ejecución parcial del contrato. Reiteró que tampoco la entidad territorial había perdido la facultad de liquidar unilateralmente el contrato por haber suscrito el pacto arbitral o porque se hubiese admitido la demanda de convocatoria del Tribunal, ya que son actividades no oponibles a la entidad territorial, y porque dicha potestad no es transigible y por lo tanto no se puede privar a la Administración de tal facultad.

Igualmente, la **Sala de Revisión rechazó los criterios de la Sección Tercera**, según los cuales la notificación de la demanda de convocatoria del Tribunal Arbitral impedía a la entidad territorial liquidar unilateralmente el contrato estatal, por cuanto este planteamiento no contaba con el respaldo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Sala de Revisión consideró que el acto de liquidación unilateral efectuado por la entidad territorial era válido y que, por ende detenta la presunción de legalidad, independientemente de que haya mediado pacto arbitral para la liquidación del contrato o que la Administración hubiere hecho uso de esa facultad luego de notificada la demanda.

Afirmó la Sala de Revisión que: el Tribunal no podía en su laudo juzgar la actuación con relación a la liquidación del contrato, pues la confrontación de dicha actuación con el ordenamiento constitucional y legal, a efectos de determinar si ésta se ajusta al principio de legalidad que la rige, es competencia exclusiva de la jurisdicción permanente y no de los particulares investidos transitoriamente de funciones judiciales.

Reiteró, que no comparte el planteamiento de la Sección Tercera, respecto a que el laudo arbitral no afecta el acto administrativo de liquidación unilateral. Por el contrario, sostuvo que la liquidación del contrato implica un ajuste de cuentas definitivo y que en ella se determina cuál de las partes es deudor y cuál acreedor y en qué sumas exactas. Señaló que por lo tanto deben estar incluidas todas las prestaciones, aún las derivadas del desequilibrio económico del contrato, aclarando que el Tribunal al decretar sumas de dinero correspondientes al desequilibrio económico del mismo, desconoce las resoluciones que en vía gubernativa profirió la entidad territorial referente a la liquidación unilateral del contrato. Mencionó que con ello se afectó el fondo de la liquidación, pues se modificó, implícitamente, el contenido económico de dichas resoluciones. Continuó la Sala expresando que en las consideraciones del laudo y de la sentencia de la Sección Tercera, según las cuales no se afectó el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, en realidad y materialmente, sí lo modificaron, de forma grave y sustancial, en sus partes motiva y resolutive. Atribuyó al Tribunal Arbitral haber incurrido en defecto orgánico por absoluta falta de competencia y a la Sección Tercera de estar incurso en el defecto sustancial de no anular el laudo, desconociendo las normas que regulan la competencia arbitral y la facultad de la entidad territorial para liquidar unilateralmente el contrato.

En resumen: la Sala de Revisión dispuso anular la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado y el laudo arbitral que resolvió la controversia contractual.

Salvamento de voto

Respecto a la sentencia de la Sala de Revisión uno de sus integrantes salvó el voto, basado en los **precedentes** que a continuación se exponen:

Manifiesta que en derecho no es posible concluir que la Sección Tercera del Consejo de Estado incurriera en vía de hecho al negar la solicitud de nulidad del laudo, dado que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la ocurrencia de “**vía de hecho**”, es clara y consistente, al señalar que ésta sólo es predicable respecto de situaciones de violación al **debido proceso** por ubicarse el juzgador en los extramuros del derecho. Advierte que en el caso concreto la Sección Tercera obró dentro de

márgenes de interpretación razonables de las normas vigentes, según fallos anteriores del propio Consejo de Estado.

Cita el magistrado disidente la jurisprudencia que resume los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional sobre la vía de hecho, así: todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional es constitucionalmente admisible solamente cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad: es decir, una vez se haya constatado la existencia de alguno de los eventos reconocidos por la jurisprudencia: (i) Defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación; (v) **desconocimiento del precedente** y (vi) violación directa de la Constitución.

Precisa como pertinentes las definiciones de los llamados defectos sustantivos, orgánicos, procedimentales y fácticos. El defecto sustantivo es el que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; el defecto orgánico se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello; el defecto procedimental es el que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido, y el defecto fáctico es el que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece del sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se afianza la decisión.

Sigue el salvamento de voto indicando que en el fallo de la Sección Tercera se sostuvo que ciertas controversias económicas derivadas del contenido de los actos administrativos proferidos con ocasión del contrato, pueden ser conocidas por árbitros y que no necesariamente todos los aspectos contemplados en el acto de liquidación del contrato tienen el carácter de acto administrativo, dado que en el acto de liquidación del contrato, la Administración actuando como parte y no en el ejercicio de autoridad, adopta decisiones frente a peticiones o reclamos del contratista, que son reflejo simple de la voluntad de la entidad estatal contratante de reconocer, asumir o negar, una determinada prestación frente al contratista, y por tal razón no tienen el carácter de acto administrativo a pesar de encontrarse incluidos en un acto que sí tiene el carácter de tal. Aduce que a partir de esta argumentación, la Sección Tercera negó la pretensión de anular el laudo por considerar que las discusiones existentes entre las partes alrededor de la fórmula de ajuste y el descuento por la rentabilidad del anticipo, a pesar de haber sido consignados en el acto de liquidación unilateral del contrato no tenían el carácter de acto administrativo y por tal razón, el Tribunal de Arbitramento sí tenía competencia para fallar al respecto.

Anota el salvamento que la Sala de Consulta del Consejo de Estado, después de haber sido específicamente inquirida sobre este caso dijo que del análisis efectuado resulta claro que la entidad territorial no podía en forma unilateral desconocer o dejar sin efecto el acuerdo celebrado entre las partes por cuanto no tiene la potestad legal de deshacer por su sola voluntad, los acuerdos o convenciones que ha celebrado.

Agrega que dicha Sala de Consulta destacó que la Administración había perdido la competencia para realizar la liquidación unilateral del contrato, pues la demanda presentada ante juez competente había sido admitida y notificada anteriormente como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sección Tercera y como también lo prevé la doctrina de la Sala de Consulta, y ocurrido este evento, la Administración pierde la competencia para actuar en orden a liquidar unilateralmente el contrato.

De esta forma aparece con claridad que cuando se expidió el acto de liquidación unilateral por la entidad territorial, ésta había perdido competencia temporal para pronunciarse sobre el particular.

Añade el salvamento de voto que la Sección Tercera falló de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya que ninguna providencia de la Corte ha sostenido que un tribunal de arbitraje carezca de competencia para pronunciarse sobre controversias económicas y que en el caso concreto que se examina el Tribunal de Arbitramento se abstuvo de emitir juicio sobre la legalidad del acto

administrativo unilateral de liquidación del contrato y que no puso en cuestión el poder de la Administración para proferir dicho acto, y, antes bien, manifestó su carencia de competencia para juzgar la validez del mismo, circunscribiendo la decisión del laudo arbitral únicamente a la definición de la controversia económica.

Al efecto, hace referencia a expresas manifestaciones del Tribunal Arbitral en las que asevera: en el laudo que existe la prueba de que el contrato se liquidó unilateralmente, a través de un acto administrativo, y que su existencia implica que el Tribunal no puede liquidarlo, y en efecto, dice que la situación sería distinta si el contrato no se hubiera liquidado unilateralmente, porque en este caso tendría aplicación el artículo 44, literal d) de la ley 446 de 1998 que señala que el juez puede liquidar un contrato estatal, puesto que en este evento se entiende que el árbitro es, juez, facultado legal y constitucionalmente, en forma temporal para administrar justicia y, esto sin perjuicio de las consideraciones hechas relativas a la competencia. Recalca que el hecho de asumir competencia, faculta ampliamente al Tribunal para estudiar las pretensiones de la demanda, y no necesariamente para despacharlas favorablemente. En este caso precisa que el Tribunal asumió competencia para estudiar la viabilidad de declarar la pretensión de liquidar el contrato, pero no para liquidarlo necesaria y obligatoriamente, pues si las pruebas recaudadas no llevan a una convicción diferente, está en su deber de no acceder a la pretensión de liquidación y que dictará el laudo teniendo en cuenta estas conclusiones, denegando la pretensión de liquidación del contrato.

Argumenta el salvamento de voto que la incidencia que en la liquidación del contrato pueda tener la definición económica que contiene el laudo sobre lo adeudado por la entidad territorial al concesionario no puede asimilarse a un juicio de validez de dicho acto administrativo puesto que la estimación del monto de una deuda es separable del juicio de validez sobre el acto administrativo que efectuó la liquidación del contrato. Que una cosa es la evaluación acerca de si estas proyecciones financieras son correctas, y otra el juicio sobre si un acto violó la ley o la constitución.

Por otra parte, la sentencia C-1038 de 2002 de la Corte Constitucional¹¹⁸³ que se invoca por la Sala de Revisión, en realidad definió una cuestión distinta a la que se ha planteado en el proceso. En dicha sentencia la Corte prohibió que un Tribunal de Arbitramento al pronunciarse sobre controversias económicas extendiera su competencia para juzgar la validez de un acto administrativo, pero no declaró inconstitucional la expresión liquidación. En tanto que en el caso analizado, el Tribunal expresamente se abstuvo de hacer lo que la Corte prohibió, puesto que se limitó a decidir sobre las controversias económicas e invocó para justificar la decisión sobre su competencia, precisamente la sentencia C-1038 de 2002.

Puntualiza el salvamento que los hechos indican que ambas partes no sólo se comprometieron a deferir a un Tribunal de Arbitramento las controversias resultantes del contrato en el ámbito económico, sino que llegaron a un acuerdo específico y posterior al respecto, ante la imposibilidad de resolver de mutuo acuerdo las discrepancias sobre la liquidación del contrato que se había terminado anticipadamente. Indica que la entidad territorial controvirtió la competencia del Tribunal y éste al analizar sus argumentos, se declaró competente, fundando su decisión en lo pactado por las partes, tanto en el contrato original como en el acuerdo posterior y por la imposibilidad de llegar a un arreglo directo entre las partes sobre la liquidación del contrato.

Añade el discrepante que, en el laudo, el Tribunal se abstuvo de juzgar la liquidación unilateral y se limitó a sentenciar sobre el punto económico de la controversia. Recuerda que la Sección Tercera del Consejo de Estado estudió el tema de la competencia del Tribunal y concluyó que obró dentro del ámbito de competencia definido por las partes y que tanto el laudo del Tribunal como la sentencia del Consejo se basan en argumentos jurídicos que analizan el tema de la competencia. Afirma que ninguno de esos argumentos constituye vía de hecho y que, tampoco ella se vislumbra en la parte resolutive del laudo y en la de la sentencia de la Sección Tercera.

1183 Se trata de una sentencia de constitucionalidad.

Subraya que con la expedición del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato terminado anticipadamente por mutuo acuerdo y después de admitida la demanda arbitral, contestada ésta, instalado el Tribunal de Arbitramento y resuelta de excepción de incompetencia presentada por la Administración, se pretenda mediante acto administrativo de liquidación unilateral del mismo contrato, privar al Tribunal, por vía de acción de tutela, de la posibilidad jurídica de pronunciarse sobre una controversia económica referente a lo que una de las partes le debe a la otra, después de haber sido terminado el contrato.

Agrega que la jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional nunca ha llegado a semejante conclusión que impide que un Tribunal de Arbitramento juzgue la validez de los actos administrativos, pero sin excluir de la competencia de tales tribunales el que puedan pronunciarse sobre controversias económicas expresamente deferidas a ellos por las partes después de la terminación del contrato. Y que si bien es cierto que la sentencia C-1038 de 2002 declaró inconstitucional que los centros de arbitramento admitieran la demanda y corrieran traslado de la misma, sin embargo no es viable conferirle a esta sentencia efectos retroactivos. Pues la sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró hacia el futuro, no hacia el pasado, inexecutable unas normas con efectos *erga omnes*. Debe reiterarse que dicha sentencia fue proferida tiempo después de la admisión de la demanda y cuando ya el Tribunal estaba instalado, notificada la demanda y resueltas las excepciones.

Explica, que la sentencia de la Sala de Revisión podría dejar a los particulares sin la posibilidad de acceder a la justicia. En efecto, al anular todo lo actuado desde la admisión de la demanda o instalación del Tribunal y, simultáneamente, al convalidar la firmeza del acto unilateral de liquidación, los particulares en este caso no podrían acudir a la decisión arbitral, pues ésta, según dicha sentencia, de la Sala de Revisión, carecería de competencia para pronunciarse sobre la controversia económica después de producido el acto unilateral de liquidación del contrato y tampoco podría el particular acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa por haber caducado la acción correspondiente.

Finalmente, trata sobre el fallo de la Sala de Revisión, en lo concerniente a que debe mantenerse el principio del respeto debido a la seguridad jurídica, uno de cuyos corolarios en el ámbito del arbitraje, es el de la intangibilidad de los laudos. Estos principios no son absolutos pero deben ser ponderados con los demás para resolver las cuestiones constitucionales planteadas, omisión que no se acompasa con lo sostenido por la Corte Constitucional al respecto, la cual ha dicho: “Con todo, de manera excepcional, procederá la acción de tutela cuando en el proceso arbitral o en el recurso de anulación se haya incurrido en lo que la doctrina constitucional ha denominado vía de hecho, esto es en manifiestos desconocimientos de la Constitución y la ley que conculcan derechos fundamentales y que no pueden superarse por una vía diferente al amparo constitucional. Por fuera de estos eventos excepcionales debe mantenerse la incolumidad de las decisiones judiciales, incluidos desde luego, los laudos arbitrales y los recursos de anulación contra ellos interpuestos.

Solicitud de anulación del fallo de tutela.

El Contratista-Concesionario solicitó que se declarara la nulidad del fallo de la Sala de Revisión de la Corte Constitucional y esta petición fue coadyuvada por terceros.

Se fundamenta, principalmente, en:

Que la Sala de Revisión desconoció una decisión adoptada por el juez de tutela que había hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, refiriéndose a que el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato fue extemporáneamente expedido por la entidad territorial sin tener competencia para ello y que así violó el derecho fundamental del concesionario de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y al derecho a la defensa.

Arguye el solicitante acerca de la firmeza de que están dotados los fallos de tutela y de cómo la sala de revisión vulneró las múltiples decisiones de la Corte Constitucional en lo referente a la cosa juzgada constitucional. También se pronuncia sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia

de la Corte en materia de la *ratio decidendi* y de la violación que predica del mandato del artículo 34 del decreto 2591 de 1991 que prevé la intangibilidad e inmutabilidad de las decisiones de tutela, pues con el fallo cambió implícitamente la jurisprudencia vigente de la propia Corte Constitucional e incurrió en violación al debido proceso, pues todo cambio jurisprudencial corresponde a la Sala Plena y no a las de Revisión. Atribuye el desconocimiento de sentencias de la Corte Constitucional, en referencia a la vía de hecho, que da lugar a la acción de tutela contra providencias judiciales y laudos arbitrales.

Dice el solicitante que, además, con el fallo de la Sala de Revisión se violó el derecho fundamental de acceso a la justicia, al debido proceso y al derecho de defensa, así como también se violó el principio de la confianza legítima, establecido por la Corte.

El Precedente

Es bien conocido que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha conformado un vasto acervo de precedentes, **vinculantes** tanto para los juzgadores, como también para los abogados que actúan como orientadores en los procesos dentro del ámbito de los intereses de las partes lícitamente enfrentadas en juicios.

Es así como la sentencia C-836 de 2001, al decidir la exequibilidad del artículo 4° de la ley 169 de 1896, norma que regula la pertinencia de la denominada doctrina probable¹¹⁸⁴, determinó la relación entre tales institutos en el derecho nacional.

Ahora bien, hay que tener presente que por los efectos *erga omnes* de las decisiones de constitucionalidad y en lo concerniente a ellas, es de relativa ocurrencia la aplicación de precedentes por ser éstas de riguroso carácter imperativo¹¹⁸⁵. No obstante, existe la posibilidad de analizar la viabilidad de aplicar el precedente o la doctrina probable al caso concreto en tratándose de la “excepción de inconstitucionalidad”, cuando se trate de un caso semejante y se quiera aplicar la misma ley. Empero, surge como dificultad, al menos teóricamente, la autonomía del juez, consagrada en el artículo 230 de la C.P. que establece que: “Los jueces, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley”.

“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Por otro aspecto, el juez usualmente decide casos concretos y para ello debe examinar las normas jurídicas aplicables a los hechos que analiza por los medios probatorios exigidos, y con base en ellos toma su decisión. Tales decisiones solamente tienen efecto “inter-partes”.

No obstante ser legislado el derecho colombiano, resulta posible la aplicación del “precedente” o el de la “doctrina probable”, pues al tratarse de casos concretos es conveniente establecer la semejanza entre el caso resuelto anteriormente con el asunto que actualmente se juzga o decide.

De otra parte, el error judicial, siendo potencial, puede existir y para evitarlo, neutralizarlo o corregirlo, el derecho colombiano ha previsto la garantía de la segunda instancia en gran número de procesos y en los que aún no la tienen se propugna su adopción.

1184 “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”

1185 C.P. Art. 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

La Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-836 de 2001 al decidir sobre la exequibilidad del artículo 4° de la ley 169 de 1896, se pregunta: “¿cuál es el sentido que debe darse al sometimiento de los jueces al imperio de la ley, y a su autonomía para interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico?”. Para responder a dicha cuestión indica que se debe tener en cuenta que: el artículo 113 de la Carta establece que los diversos órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, que están constitucionalmente encaminados a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y a asegurar la vigencia de un orden justo; que la Constitución garantiza la prevalencia del derecho sustancial y; que el principio de igualdad consagrado en el preámbulo de la Carta, en armonía con las diversas manifestaciones constitucionales de ella tienen como presupuestos: la igualdad frente a la ley, y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado¹¹⁸⁶.

De otro lado, se pretende la unificación de la jurisprudencia que corresponde, formularla, en cada caso, al organismo de superior jerarquía en las diversas jurisdicciones, civil, contencioso administrativa, penal, laboral ...

El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, principalmente en los del *common law* incluso en los sistemas como el colombiano. Por ello, tal y como la Corte ha señalado, todo Tribunal, y en especial el juez constitucional debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, está la seguridad jurídica que es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedarían sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que ostente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, sin cambios intempestivos o irrazonados, por lo cual resulta válido exigirles el respeto a sus decisiones previas. En esto consiste el principio de la confianza legítima, que descarta la arbitrariedad.

Ni siquiera lo discrecional puede ser arbitrario. Todo lo contrario: es lo que se hace con discernimiento. Como lo demás que deciden los jueces, está sometido a la carga de la argumentación¹¹⁸⁷.

1186 Art. 113. Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

1187 V. Sentencia C-836 de 2001

Ahora, se inquiere ¿de donde surge el precedente? ¿Cómo se configura?

Para absolver estos interrogantes es preciso acudir a la tradicional división de la sentencia en sus elementos constitutivos que son: i) Consideraciones o motivaciones y, ii) la decisión propiamente tal, es decir, el *decisum*.

Pues bien, la decisión en palabras de la Corte Constitucional se define en lo siguiente : “ ... *el decisum* es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc.

En segundo término, debemos analizar la *ratio decidendi*”, que “... es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive”¹¹⁸⁸.

Esta *ratio decidendi* comprende, a su turno, dos componentes: i) las razones necesarias, indispensables e insustituibles de la decisión, que conforman propiamente la *ratio decidendi*, y ii) las observaciones, reflexiones, citas, precisiones y demás apreciaciones que se formulan como ilustraciones, explicaciones, ejemplos, elementos de simple erudición, estética, adorno literario, referencia histórica o *elegantia juris* , que configuran el denominado *obiter dicta*.

Es de cargo del estudioso de la sentencia identificar la *ratio decidendi* mediante el correspondiente proceso intelectual de decantación conceptual. Este es el precedente que, identificado como tal, se torna como verdadera fuente de derecho, y su aplicación al evento litigioso lo determina para ser considerado como *stare decisis*. Lo que implica acoger la *ratio decidendi* para fallar un nuevo litigio.

Resulta predicable del precedente: “El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, aunque en otro contexto histórico, por lo cual, en tal evento resulta irrazonable adherir a la hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica –que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto –que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas”.

Los precedentes son catalogados, bajo otro aspecto, como “horizontales” cuando operan en el mismo nivel del juzgador o sea en su propia esfera de competencia y, “verticales” cuando descienden de los niveles superiores de la jurisdicción hacia los niveles inferiores de la misma.

Podría, finalmente, aducirse que el sistema de derecho en Colombia al menos dentro del campo de la jurisdicción ordinaria, por aplicación del artículo 4° de la Ley 169 de 1896 y de la sentencia C-836 de 2001, es un sistema de precedentes en el que caben las exigencias mínimas de claridad y brevedad de modo que se eliminen o minimicen los *obiter dicta*.

1188 Sentencia SU-047 de 1999, punto 48. (Sentencia de unificación).

Auto de Sala Plena de la Corte Constitucional

Para resolver los pedimentos que se mencionaron arriba, se profirió el auto de Sala Plena, que resolvió las solicitudes de nulidad contra la sentencia de la Sala de Revisión, que anuló el Laudo Arbitral y de la sentencia de la Sección Tercera que declaró infundado el recurso de anulación interpuesto contra el laudo por la entidad territorial. Este auto, al efectuar el análisis de la sentencia de la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, expone que los defectos de los cuales debe adolecer una sentencia susceptible de ser anulada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, tendrán que estar soportados en situaciones jurídicas de carácter excepcional que permitan demostrar de manera clara y precisa que las reglas procesales previstas para los juicios que se adelantan ante la Corte Constitucional, han sido trasgredidas de manera notoria y flagrante.

En el presente asunto se tiene en cuenta la causal de nulidad, alegada por el concesionario, estudiada y aceptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Según la cual en la sentencia de la Sala de Revisión se cambió la jurisprudencia consolidada de la Corte constitucional sobre vías de hecho y sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales ya que los cambios de jurisprudencia sólo pueden ser efectuados por la sala Plena de la Corporación y no por las Salas de Revisión.

Puntualiza la Corte Constitucional en que respecto a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, dentro de las que se incluyen los laudos arbitrales, existe una jurisprudencia constitucional firme.

Asevera que a partir de la sentencia C-543 de 1992, la Corte ha señalado que la tutela únicamente procede contra providencias judiciales cuando estas constituyan vías de hecho. La Corporación ha indicado que este fenómeno se presenta cuando en la decisión judicial se incurra en un defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental, de tal magnitud que pueda afirmarse que la misma se aparta, de manera ostensible, del ordenamiento jurídico. Sostiene la Corte que el defecto sustantivo se configura siempre que la decisión se encuentre fundada en una norma claramente inaplicable al caso concreto. A su turno, el llamado defecto fáctico se origina cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es completamente impertinente o insuficiente. El defecto orgánico se refiere a aquellas situaciones en las cuales el funcionario judicial carece absolutamente de competencia para resolver el asunto de que se trate. Por último, el defecto procedimental, se presenta en aquellos casos en los cuales el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo. Cabe advertir que no cualquier defecto de esta naturaleza transforma la decisión judicial en vía de hecho. Se precisa, además, que estos defectos sean protuberantes y manifiestos.

En el mismo sentido, en la Sentencia SU-881 de 2005 la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

(...) la Corte ha indicado que hay lugar a la interposición de la acción de tutela contra una decisión judicial cuando (1) la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); (2) resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte esta sustancial carencia de poder o desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial. Revisadas las decisiones pertinentes, parece claro que, implícita o expresamente, cada vez que la Corporación confiere un amparo constitucional contra una sentencia judicial, lo hace fundada en uno de estos cuatro posibles defectos.

En la sentencia de la Sala de Revisión, si bien se aludió como fundamento de la decisión a la jurisprudencia constitucional sobre vías de hecho y se afirmó que el Tribunal de Arbitramento incurrió

en un grave defecto orgánico por absoluta falta de competencia y la Sección Tercera del Consejo de Estado en un protuberante defecto sustancial al no anular el laudo arbitral proferido por el primero con desconocimiento de las normas legales que regulan la competencia arbitral y la facultad de la administración de liquidar unilateralmente el contrato (artículos 60, 61, 70 y 71 Ley 80 de 1993), así como también los artículos **1161189**, 236 y 237 de la Constitución Política, (i) no se justificó, tan sólo se afirmó, la gravedad de los supuestos defectos en los que incurrieron los demandados en sus providencias y (ii) no sólo no se tuvo en cuenta la jurisprudencia consolidada del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que avala la pérdida de competencia de la Administración para liquidar unilateralmente los contratos cuando ha sido notificada de la demanda presentada para tal fin, sino que la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento siguiendo la referida jurisprudencia, fue catalogada por la Sala de Revisión como un “grave defecto orgánico por absoluta falta de competencia.

Para la ocurrencia de una vía de hecho no basta con afirmar que una determinada decisión judicial incurrió en un defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental. En aras de proteger el principio de la autonomía judicial y de la seguridad jurídica, la ocurrencia de los referidos defectos debe ser claramente demostrada, al igual que la magnitud y trascendencia de los mismos.

Por tal razón, una mera divergencia en la interpretación adoptada por los jueces competentes respecto de los hechos ocurridos o de las normas aplicables jamás puede ser catalogada como una vía de hecho. Así lo ha dicho el pleno de esta Corte:

(...) Dentro del contexto antes expuesto, ha sostenido que no toda discrepancia interpretativa –defecto sustantivo– conlleva, *prima facie*, a la ocurrencia de una vía de hecho. El principio de autonomía e independencia judicial, pilar fundamental del Estado social de derecho, no permite que por vía de la acción de tutela se controviertan las decisiones judiciales con la simple excusa de que el criterio adoptado por el operador jurídico no es compartido por las partes o por el fallador que lo revisa. De hecho, las posibles diferencias de interpretación, sustentadas en un principio de razón suficiente, no pueden ser calificadas como vías de hecho pues, en realidad, lo ha dicho la Corte, la eventual disparidad de criterios sobre un mismo asunto no implica por ella misma un desconocimiento grosero de la juridicidad, sino una consecuencia humana del ejercicio del derecho.

Asegura el Auto de Sala Plena que en la sentencia de la Sala de Revisión se dice que hubo dos defectos: uno en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado y otro en el laudo arbitral. No obstante, el primero es deducido del segundo. Se afirma que como el Tribunal de Arbitramento carecía de competencia para dirimir la controversia, entonces el laudo adolecía de un defecto orgánico. En consecuencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha debido anularlo, pero como no lo hizo, entonces incurrió en su sentencia en un defecto sustantivo.

En efecto, las razones expuestas en la sentencia de la Sala de Revisión no muestran, ni apuntan a demostrar, que el Tribunal de Arbitramento en forma manifiesta carecía de manera absoluta de competencia.

Continuó el auto de la Sala Plena diciendo que si bien es cierto que la sentencia C-1038 de 2002 declaró inconstitucional que fueran los centros de arbitramento quienes admitieran la demanda arbitral y corrieran traslado de la misma, y no los árbitros del Tribunal, a esta sentencia la Sala Plena de la Corte Constitucional no le dió efectos retroactivos. Por tal razón, lo decidido en ésta no repercute sobre hechos que hayan ocurrido con anterioridad a su expedición, tal como es el caso de la demanda arbitral presentada por el concesionario.

1189 Cuyo inciso 4° hace posible, temporalmente, a particulares para que, habilitados por las partes, profieran fallos en derecho o en equidad (Laudos Arbitrales).

Se precisa que la demanda fue admitida, y luego notificada, más de un año antes de que la referida sentencia C-1038 de 2002 fuera proferida. Incluso, anota que la instalación del referido Tribunal de Arbitramento es anterior a la fecha en la que fue expedida la sentencia C-1038 de 2002.

De otro lado, frente al argumento de que la vigencia del término legal para que la Administración pudiera hacer uso de su facultad de liquidar unilateralmente el contrato- se evidencia que este argumento resulta ser más una discrepancia en la interpretación de los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993 y del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que una prueba de la falta absoluta de competencia del Tribunal de Arbitramento.

Menciona que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la Administración puede liquidar unilateralmente el contrato, aunque hubieran vencido los plazos para realizar la liquidación bilateral o unilateral, pero hasta antes de que se notifique la admisión de la demanda, en la cual se pretende que el juez se pronuncie sobre la liquidación del contrato; hecho a partir del cual se le da certeza a la Administración de que el asunto se volvió judicial - principio de publicidad- siempre y cuando dicha notificación se haga dentro del término de prescripción o caducidad, según el caso.

Bajo otro aspecto, en referencia al argumento de la imposibilidad de la Administración de disponer de la facultad de liquidar unilateralmente el contrato se debe precisar que de manera expresa, en la parte resolutive del laudo, el Tribunal de Arbitramento denegó la pretensión relativa a la liquidación del contrato de concesión.

Indica la Corte que en la parte motiva del laudo, el Tribunal de Arbitramento afirmó que como existe la prueba de que el contrato se liquidó unilateralmente, a través de un acto administrativo, su existencia implica que el Tribunal no puede liquidarlo, situación distinta sería que el contrato no se hubiera liquidado unilateralmente porque en ese caso tendría aplicación el artículo 44, literal d) de la ley 446 de 1998 que señala que el juez puede liquidar un contrato estatal, en este caso debe entenderse que el árbitro es un juez facultado legal y constitucionalmente en forma temporal para administrar justicia. Por todo lo manifestado el Tribunal Arbitral dictó el laudo teniendo en cuenta estas conclusiones, denegando la pretensión de la Liquidación del Contrato y así se pronunció en la parte resolutive correspondiente.

De igual manera, frente al argumento de la presunción de legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato y ser la jurisdicción contenciosa administrativa la competente para conocer de la validez y de los efectos económicos del mismo distingue la Corte que se debe reiterar lo señalado frente al argumento según el cual el Tribunal de Arbitramento denegó de manera expresa, en la parte resolutive del laudo, la pretensión relativa a la liquidación del contrato de concesión.

Así, el Tribunal de Arbitramento se limitó a pronunciarse sobre la controversia económica, que es precisamente el objeto característico de los procesos arbitrales. El laudo mismo se negó a reliquidar el contrato y circunscribió su decisión a dirimir el desacuerdo económico.

También es importante anotar que el punto de la propia competencia fue analizado por el Tribunal de Arbitramento en razón a lo alegado por la entidad territorial. Igualmente, esta cuestión fue abordada por la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que convalidó el laudo. Tanto el Tribunal de Arbitramento como la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se basaron en la jurisprudencia predominante.

Ahora bien, en la medida que los cambios jurisprudenciales sólo pueden ser efectuados por la Sala Plena de la Corporación, y teniendo presente que en el caso de la sentencia de la Sala de Revisión se violó este precedente, que la Sala Plena constató y por tanto fue necesario declarar la ocurrencia de esta causal de nulidad en dicha sentencia de la Sala de Revisión.

Observa la Corte que en la sentencia de la Sala de Revisión se decidió anular el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento en el que se resolvieron diversas controversias económicas entre el concesionario y la entidad territorial, en torno a la deuda pendiente existente entre ellas, con

ocasión de la liquidación del contrato de concesión terminado de mutuo acuerdo y que además, se decidió dejar en firme la liquidación unilateral del contrato de concesión efectuada por la entidad territorial.

Se destaca que la parte resolutive de la sentencia de la Sala de revisión, en su numeral segundo ordenó:

“Revocar la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que declaró improcedente la acción de tutela presentada por la entidad territorial contra la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia suscitada entre la el concesionario y la entidad territorial, con ocasión del contrato de concesión y, en su lugar, tutelar el derecho fundamental al debido proceso de la entidad accionante. En consecuencia, anuló la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y el laudo arbitral que resolvió la controversia suscitada entre el concesionario y la entidad territorial con ocasión del contrato de concesión”.

Por efecto de lo anterior, quedó en firme la liquidación unilateral del Contrato de Concesión que realizó la entidad territorial.

Concluye la Corte que la anulación del laudo arbitral acompañada de la declaración de firmeza del acto de liquidación unilateral del contrato, trae como efecto que las referidas controversias económicas existentes entre las partes, quedan decididas, en últimas, por la propia Administración demandada, mediante el acto de liquidación unilateral del contrato.

Con lo cual, al dejar en firme el acto de liquidación unilateral de manera definitiva, el concesionario no puede controvertir ante ninguna jurisdicción aquella parte de la liquidación donde se fija el monto adeudado, precisamente el punto económico en controversia. En efecto, no puede hacerlo ante la justicia arbitral y tampoco ante la administrativa porque la sentencia de la Sala de Revisión le dio firmeza definitiva a dicha liquidación.

Cabe preguntarse si cabría acudir a la vía de lo contencioso administrativa, alegando que la firmeza así declarada no impide controvertir aspectos económicos de la liquidación del contrato. No obstante, ello no es posible.

Debe tomarse en cuenta que, para la fecha en la que fue proferida la sentencia de la Sala de Revisión, esta opción sólo era aparente, mas no era real, dado que la acción contractual, mediante la cual se ventilan las controversias existentes frente a los actos administrativos proferidos con motivo u ocasión de la actividad contractual (Art. 77 de la Ley 80 de 1993 y Arts. 86 y 136 num. 10 lit. d) del Código Contencioso Administrativo), había caducado.

Además, en una sentencia de tutela anterior en la cual se había discutido si el Tribunal de Arbitramento era competente para resolver sobre la controversia económica derivada de la liquidación del contrato, el juez de tutela decidió que sí lo era. Esto llevó al Contratista-Concesionario a no acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. De tal forma que el vencimiento del término de caducidad no sería imputable a la negligencia del concesionario.

Por tal razón, se concluye que con las órdenes impartidas en la parte resolutive de la sentencia de la Sala de Revisión se desconoció el derecho fundamental al debido proceso del concesionario, al haber generado una situación jurídica tal, que dejó a éste sin posibilidad alguna de acceder a la administración de justicia para que se resuelvan las controversias económicas con ocasión de la liquidación del contrato de concesión celebrado entre ellos.

Al respecto, **es importante resaltar que la controversia no versa sobre la existencia de la deuda, puesto que la propia entidad territorial reconoce que ésta existe. La discrepancia gira en torno al monto de la deuda.** Al comparar lo decidido por la entidad territorial en la liquidación unilateral, frente a lo resuelto por los árbitros en el laudo arbitral, existe una diferencia considerable

en cuanto al monto de la suma de dinero que le adeuda ésta al concesionario, con ocasión del contrato de concesión, y también se evidencian discrepancias en cuanto a las variables tenidas en cuenta para realizar el cálculo correspondiente, aspecto sobre el cual no se pronuncia la Corte en el auto.

En síntesis, las dos causales de nulidad antes analizadas- **(i) cambio de jurisprudencia sobre la doctrina de la vía de hecho en que llegaren a incurrir las providencias judiciales, efectuado por una Sala de Revisión y no por la Sala Plena y (ii) el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso de una de las partes, específicamente el derecho a acceder a la administración de justicia son fundadas, lo cual debe conducir a que la sentencia de la Sala de Revisión sea declarada nula por la Sala Plena de la Corte Constitucional.**

Tal declaratoria hizo innecesario continuar con el análisis de las demás causales de nulidad alegadas por el concesionario y con la revisión de las solicitudes de nulidad de la sentencia de la Sala de Revisión presentadas por los terceros y por los Consejeros de Estado de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la sentencia de la Sala de Revisión, se hizo necesario que se profiriera una nueva sentencia de revisión por la Sala Plena de la Corte Constitucional y de acuerdo a esto resolvió declarar la nulidad de la sentencia proferida por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional.

En resumen: dijo la Sala Plena que la sentencia proferida por la Sala de Revisión se apartó sin razón suficiente de la jurisprudencia constitucional consolidada sobre vías de hecho.

Sentencia de Unificación

Posteriormente, la Sala Plena de la Corte Constitucional expidió la Sentencia de Unificación, en la que tuvo en cuenta, luego de un amplio estudio, que la Sección Tercera del Consejo de Estado había considerado que el Tribunal de Arbitramento había obrado dentro de la órbita de su competencia.

Y advirtió que en el momento en el cual se trabó la relación jurídico procesal en el juicio arbitral, todos los conflictos y pretensiones quedaron centrados para su decisión en el Tribunal de Arbitramento, y que se tornaron en materia de decisión judicial exclusiva. Y que sólo a partir de la notificación al demandado del auto admisorio de la solicitud de convocatoria, la controversia adquirió un carácter vinculante para ambas partes.

Dijo la Corte Constitucional que: “De igual manera, frente al caso específico de la pretensión relativa a liquidar un contrato administrativo, el Consejo de Estado ha reiterado en su jurisprudencia que la Administración no puede sustraerse unilateralmente de la competencia confiada voluntariamente a un tribunal de arbitramento para definir controversias económicas atinentes a la liquidación de contrato, una vez ha sido notificada de la admisión de la demanda arbitral”.

Y agregó que de igual manera, el Tribunal de Arbitramento convocado, al resolver la referida controversia económica, no juzgó la validez de un acto administrativo. El Tribunal se limitó a constatar unos hechos y a cuantificar una deuda pendiente entre las partes, la cual, cabe recordar, el deudor reconoce que existe, pero manifiesta que no es del monto que alega el contratista.

Precisó que el Tribunal Arbitral no emitió ningún juicio respecto de la validez del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, ni de la normatividad invocada por la entidad territorial al proferirlo.

El hecho de que el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato haya versado sobre los desacuerdos económicos existentes entre las partes de este contrato y con ocasión del mismo, no sustrae de la competencia del Tribunal de Arbitramento la resolución de la controversia económica

entre las partes. Subrayó que el Tribunal de Arbitramento consideró específicamente sobre el acto unilateral de liquidación que no juzgaría su validez.

Habiendo revisado el contenido de la parte motiva y de la parte resolutive del laudo acusado y los argumentos esgrimidos por los accionantes para sustentar la ocurrencia de la vía de hecho por defecto orgánico de la que acusan al laudo y a la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Sala Plena de la Corte Constitucional decide que la alegada vía de hecho por defecto orgánico no ocurrió.

Tal conclusión llevó a la Corporación a negar la acción de tutela de la referencia y a confirmar, pero por las razones expuestas en la sentencia, la decisión adoptada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que actuó como juez de tutela de primera instancia en el proceso que se revisó.

La Corte Constitucional revocó la decisión adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que actuando como juez de tutela de segunda instancia en este proceso y en contravía de la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional rechazó la tutela interpuesta por los accionantes por considerar que este mecanismo de protección judicial no es procedente contra providencias judiciales, en ningún evento, sin excepción alguna.

Caso emblemático:

Lo califico como tal por múltiples razones:

Para resolver el litigio relativo a la mera liquidación de un contrato de concesión se tomó un lapso superior a seis años. Durante este tiempo se produjeron: El Laudo Arbitral; la Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado; las dos Sentencias de Tutela del concesionario, seguidas ante el Juez Civil del Circuito y, luego, ante la Sala Civil del Tribunal Superior; las dos Sentencias de tutela de la entidad territorial en Primera y en Segunda instancias ante las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado; la Sentencia de la Sala de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional; la Sentencia Unificatoria de la Sala Plena de la Corte Constitucional. Para un total de ocho sentencias. Imbatible *record* exclusivo del país jurídico de hoy, que deberá enmendarse, en criterio del suscrito.

Además se expidieron: El Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado; el auto, en vía gubernativa, de liquidación unilateral del contrato por parte de la entidad territorial; el Salvamento de voto, de especial significación, respecto de la sentencia de la Sala de Revisión de tutelas; el Auto de Sala Plena de la Corte Constitucional, y las peticiones de anulación de la sentencia de la Sala de Revisión que exigieron todos ellos notable detenimiento de sus autores en su conformación.

Se puede abreviar diciendo que participaron del juzgamiento del asunto examinado un Tribunal Arbitral¹¹⁹⁰; cuatro de las seis salas o secciones del Consejo de Estado¹¹⁹¹, dos dependencias de la justicia ordinaria¹¹⁹²; dos reparticiones de la jurisdicción constitucional¹¹⁹³.

Cabe reseñar que cuatro Consejeros de Estado, integrantes de la Sección Tercera, actuaron ante otra Corte diferente a la suya propia, vale decir ante la Sala Plena de la Corte Constitucional, en calidad de solicitantes de la anulación de la sentencia de la Sala de Revisión de Tutelas.

En tanto que las partes agotaron todas las posibilidades del vasto espectro jurídico actual, ocasionando con ello el inmoderado desgaste del aparato jurisdiccional del Estado y la excesiva demora para obtener el resultado final de un proceso arbitral con grave detrimento del derecho fundamental de acceso a la justicia. Porque es de advertir que la sola expedición del Laudo Arbitral hubiese sido adecuada para la solución del litigio en mucho menor tiempo que el realmente empleado. A más de que el acceso a la justicia, para que alcance realidad, debe ser pronto.

1190 De creación constitucional que aplica leyes especiales.

1191 Tercera, Cuarta, Quinta y de Consulta y Servicio Civil.

1192 Juzgado Civil del Circuito y Sala Civil del Tribunal Superior.

1193 Sala de Revisión de Tutelas y Sala Plena de la corte Constitucional

La opinión informada consideró, en grave riesgo la seguridad jurídica así como la viabilidad del arbitraje, respecto al trámite adecuado a la solución de diferencias surgidas dentro del ámbito de la contratación estatal;

Por otra parte, el tema culminó en forma acertada, y se garantizaron, con el Auto de Sala Plena y con la Sentencia Unificatoria de la Corte Constitucional, la seguridad jurídica, requerida por contratistas e inversionistas;

Se fijaron o reiteraron en estas últimas providencias respecto a su aplicación, precedentes tales como: el del debido proceso, la cosa juzgada constitucional, la vía de hecho en materia de sentencias judiciales, el acceso a la justicia, el derecho a la igualdad, y la confianza debida, entre otros;

De este prolongado itinerario resultó indemne, en su esencia definitiva, el arbitraje como extraordinario sistema de juzgamiento en el que predominan la especialidad, la celeridad y la juridicidad de sus laudos. Tema de especial observación no sólo para el mundo jurídico local sino también para sectores de preponderante significación, como el del arbitraje internacional al que está destinado este trabajo o ensayo.

De todo ello es posible inferir que las diversas entidades estatales en lo sucesivo tendrán clara visión de su responsabilidad contractual y adecuarán su conducta procesal en aras de los verdaderos intereses nacionales, evitando decisiones administrativas inconsultas, apresuradas o improcedentes.

De ustedes con mi distinguida consideración.

FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES

Academia Colombiana de Jurisprudencia

Miembro de Número

“ARBITRAJE INTERNACIONAL”

Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Presidente
Academia Colombiana de
Jurisprudencia

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

POR: MARCO GERARDO MONROY CABRA¹¹⁹⁴

1. Consideraciones generales sobre el arbitraje internacional.

El arbitraje internacional es el principal método de resolución de controversias comerciales internacionales. Los autores Alan Redfern y Martin Hunter con Nigel Blackaby y Constantine Partasides¹¹⁹⁵ anotan que la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en 2003 registró 580 solicitudes por un monto de USD 10.000 a USD 2.500.000.000 por controversia. Otras instituciones arbitrales han registrado un crecimiento importante, y hay muchos arbitrajes internacionales que se realizan en diferentes Estados sin participación de una institución de arbitraje.

El arbitraje comercial internacional es método privado de solución de controversias, que las mismas partes eligen como mecanismo efectivo para poner fin a las diferencias surgidas entre ellas sin recurrir a los tribunales judiciales.

Las partes son las que deciden someterse al arbitraje, los árbitros y las partes eligen el procedimiento.

En el arbitraje internacional intervienen varios ordenamientos jurídicos. En efecto, en primer lugar está el derecho aplicable al reconocimiento y ejecución del acuerdo arbitral. Luego, está el derecho que rige el proceso arbitral. Asimismo, está el conjunto de normas que el tribunal arbitral debe aplicar a las cuestiones de fondo sometidas a su decisión. Por último, se encuentra la legislación que rige el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Bien puede tratarse de las mismas normas como el lugar del arbitraje, pero puede haber diferentes leyes aplicables. Es posible que un tribunal arbitral

1194 Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Expresidente de la Corte Constitucional. Profesor Emérito y Honorario de la Universidad del Rosario.

1195 Alan Redfern y Martin Hunter con Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4 edición, La Ley 2007, pág 59.

con sede en Inglaterra que se rige por el derecho inglés por ser el derecho del lugar del arbitraje, deba aplicar el derecho vigente en Nueva York como derecho de fondo del contrato.

Puede aplicarse al fondo un ordenamiento jurídico, el derecho internacional, o la *lex mercatoria*.

Los arbitrajes internacionales tienen lugar en un Estado neutral distinto de los de las partes, el ordenamiento que rige el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral será distinto por regla general de aquel por el cual se rige el propio proceso arbitral.

El arbitraje comercial internacional no se circunscribe a fronteras nacionales. Por ejemplo, una sociedad con sede en E.U puede celebrar con otra radicada en Alemania, un contrato para la construcción de una central energética en Egipto en el que se estipula que las controversias deberán resolverse por medio de un arbitraje celebrado en Londres. Por esta razón, y dada la diversidad de leyes internas de los distintos Estados, se han celebrado tratados internacionales que vinculan los distintos ordenamientos internos en búsqueda de una solución común.

Ya veremos que se adoptó el Protocolo de Ginebra de 1923, la Convención de Ginebra de 1927, la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de Panamá de 1975.

Luego aparece la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) fundada el 23 de noviembre de 1892, en 1917 se fundó el Comité de Solución de Controversias de Comercio, Industria y Navegación de la Cámara de Comercio de Suecia; y en 1923 se fundó la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

2. Características del arbitraje comercial internacional.

Las características del arbitraje comercial internacional son las siguientes:

a) El acuerdo de arbitraje.

El acuerdo que celebran las partes para someter a arbitraje toda controversia o diferencia suscitada entre ellas que debe ser válido. Así lo reconocen tanto los ordenamientos jurídicos internos como los tratados internacionales. La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional adoptada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985 se niega el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en aquellos casos en que las partes hubieran estado afectadas por alguna incapacidad o el acuerdo no fuera válido con arreglo a su propio derecho aplicable. El acuerdo es manifestación del consentimiento, debe ser por escrito, e incluye la cláusula compromisoria y el compromiso.

b) La elección de los árbitros.

Las partes gozan de la libertad para elegir el tribunal arbitral, pero pueden delegar a un tercero o institución de arbitraje.

Es posible que el tribunal esté compuesto por tres árbitros de distinta nacionalidad y pertenecientes a diferentes sistemas jurídicos *civil law* o *common law*.

c) La decisión del Tribunal arbitral.

Cuando las partes no transigen sus diferencias el Tribunal pronuncia una decisión que se denomina laudo arbitral.

d) La ejecución del laudo.

La Convención de Nueva York de 1958 trata sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Sin embargo, la aplicación del laudo se regirá por el derecho interno y corres-

ponderará a los tribunales nacionales o locales del lugar de ejecución. El procedimiento se rige por el Estado en el cual pretenda obtener el reconocimiento y la ejecución de un determinado laudo.

3. Significado del término “ internacional “.

Hay estados que tienen regulan especial sobre el arbitraje internacional. Entre ellas, se pueden citar Bélgica, Brasil, Colombia, Francia, Hong Kong, Nigeria, Singapur y Suiza.

Los criterios aplicables para definir el carácter “internacional “ del arbitraje son el carácter de la controversia que será internacional cuando “afecta a intereses del comercio internacional “. El otro criterio toma en consideración la nacionalidad o lugar de residencia o de la sede social como un arbitraje entre una sociedad británica y una sociedad francesa .

No hay definición del término “internacional “ por lo cual cada Estado aplica su propio criterio para determinar si cierto laudo arbitral es “nacional “ o “extranjero “, o “ internacional “. La Convención de Nueva York define a los laudos “extranjeros” como “aquellos dictados en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pretende lograr el reconocimiento y la ejecución de dicha decisión “. Se incorpora a la definición de sentencias arbitrales “ que no sean consideradas como sentencias nacionales “ en el estado en que se pida su ejecución.

La definición que adopta la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional es la siguiente:

“1 (3).Un arbitraje es internacional si:

(a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

(i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

(ii) El lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado “

Los criterios anteriores se refieren a las partes o a la controversia.

En caso de cuestionarse si un determinado arbitraje es o no de carácter internacional la respuesta dependerá de lo que disponga el derecho nacional pertinente.

4. El significado del término “comercial “.

Usualmente un contrato es comercial cuando es celebrado entre comerciantes en el curso de sus actividades y que se rigen por el Código de Comercio. A pesar de que la Ley Modelo no define el término “comercial “ establece: “ Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial “ para que abarque que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractual o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas:

“ Debe darse una interpretación amplia a la expresión “ comercial “para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería,

concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera “.

Es decir, el término “comercial “ se refiere a todos los aspectos de los negocios internacionales.

El arbitraje internacional es el mejor mecanismo para dirimir controversias relativas al comercio internacional.

5. El rol de los convenios internacionales y la Ley Modelo.

Los convenios internacionales y la Ley Modelo de la UNICITRAL constituyen el método más efectivo para crear un sistema destinado a regir el arbitraje comercial internacional. En efecto, en el arbitraje internacional se presentan las diferentes nacionalidades de las partes, la sede del arbitraje, el lugar en que se ejecute el laudo, implica que trasciende las fronteras nacionales e involucra leyes de diferentes Estados.

Es necesario vincular a los distintos sistemas jurídicos nacionales lo cual se logra por medio de los tratados internacionales. Los principales tratados son el Protocolo de Ginebra de 1923, la Convención de Ginebra de 1927, la Convención de Nueva York de 1958, el Convenio Europeo de 1961, el Convenio de Washington de 1965, y los Convenios regionales como la Convención de Panamá de 1975.

La Ley Modelo se aprobó por resolución de la CNUDMI en sucesión de junio de 1985 en Viena, y en diciembre de 1985 la Asamblea de las Naciones Unidas emitió una recomendación en la que encomendaba la Ley Modelo a los Estados Miembros.

6. Derecho aplicable.

Según los tratadistas Alan Redfern y Martin Hunter con Nigel Blackaby y Constantine Partasides¹¹⁹⁶ por lo menos cinco ordenamientos jurídicos diferentes pueden influir en un arbitraje comercial internacional:

- “(i) el derecho por el que se rige la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral;
- (ii) el derecho por el que se rigen el acuerdo arbitral y su cumplimiento;
- (iii) El derecho por el que se rigen la existencia del tribunal arbitral y los procedimientos, *lex arbitri*;
- (iv) El derecho, o las normas jurídicas pertinentes, que rigen las cuestiones controvertidas de fondo, comúnmente conocido como “derecho aplicable “, la “ley que rige el fondo “, “el derecho aplicable al contrato “ o “derecho sustancial”;
- (v) El derecho por el que se rigen el reconocimiento y la ejecución del laudo (que en la práctica puede resultar ser no uno sino dos o más regímenes cuando se pide el reconocimiento y la ejecución en varios países en los que la parte vencida tiene bienes o se cree que los tiene).

7 . El Derecho por el que se rige el arbitraje.

En general la *lex arbitri* o lugar de la sede del arbitraje es diferente de la ley de fondo de la controversia. En efecto, cuando las partes en un acuerdo arbitral eligen una sede para el arbitraje, optan por un lugar que no tenga ninguna conexión con la partes o la relación comercial que las une, o lugar “neutral “.

1196 Alan Redfern y Martin Hunter con Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4 edición, La Ley, 2007 pág 153.

Si las partes no eligen la sede arbitral, esto lo decide el propio tribunal o el reglamento de la institución arbitral designada. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (art 16 (1) dice: “ A falta de acuerdo entre las partes sobre el lugar en que haya de celebrarse el arbitraje, dicho lugar será determinado por el tribunal arbitral habida cuenta de las circunstancias del arbitraje. “ El Reglamento de la CCI delega la elección a la propia Corte de Arbitraje: “ La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido “.

Cada Estado determina el contenido de la *lex arbitri*. Algunos estados tienen regulación específica como el Código Suizo, francés, y Colombia que tiene la Ley 315 de 1996.

Los autores citados Alan Redfern y Martin Hunter¹¹⁹⁷ enumeran ejemplos de cuestiones que rigen la *lex arbitri*:

- a) La definición y forma del acuerdo arbitral;
- b) La determinación de si las controversias pueden o no someterse a arbitraje (es decir, si con arreglo a la *lex arbitri* se considera que se trata de una cuestión “arbitrable”);
- c) La constitución del tribunal arbitral y las causales de recusación de dicho tribunal;
- d) El derecho del tribunal arbitral a decidir sobre su propia jurisdicción;
- e) El trato equitativo de las partes;
- f) La libertad de establecer normas procesales detalladas;
- g) Las medidas cautelares;
- h) Los escritos de demanda y contestación;
- i) Las audiencias;
- j) Los procesos en rebeldía;
- k) La asistencia judicial, de resultar necesaria;
- l) Las facultades de los árbitros entre ellas las facultades de decir la cuestión en carácter de “amiable compositeurs”;La forma y validez del laudo arbitral y el carácter definitivo del laudo, incluido el derecho a impugnarlo ante tribunales de justicia del lugar del arbitraje.
- m) El concepto según el cual el arbitraje se rige por el derecho correspondiente al lugar en que se celebra que es la “sede” del arbitraje. El procedimiento arbitral se rige por la voluntad de las partes y el derecho del país en cuyo territorio se desarrolle. Este principio se establece en el Protocolo de Ginebra de 1923 y la Convención de Nueva York de 1958.
- n) Algunos han propuesto una *lex arbitri* universal lo que conlleva la deslocalización del arbitraje. Sin embargo, es muy difícil lograr este objetivo. Aun los Estados que han adoptado la Ley Modelo le han introducido modificaciones o disposiciones específicas.

7. Derecho aplicable al fondo.

Los árbitros deben determinar el ordenamiento específico por el que se rigen la interpretación y validez del contrato, los derechos y obligaciones de las partes, la modalidad de cumplimiento y las consecuencias del incumplimiento contractual.

No solo es necesario conocer el acuerdo celebrado entre las partes, sino la ley aplicable al mismo. Como el contrato implica una operación internacional es posible que existan dos o más ordenamientos jurídicos aplicables y aún es posible que sean contradictorios.

1197 Alan Redfern y Martin Hunter, ob cit pág 157.

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes éstas tienen libertad de elegir por sí mismas el derecho o normas jurídicas que se aplican a dicho acuerdo. Este principio está previsto en el Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales. Este principio que propugna por la libertad de las partes para elegir por sí mismas el derecho aplicable al contrato que celebran está reconocido por el artículo 42 del Convenio de Washington de 1965, artículo 33 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y artículo 17 (1) del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional.

Hay diversas alternativas en cuanto al derecho aplicable al fondo de la controversia pactadas en la cláusula compromisoria:

a) un ordenamiento jurídico nacional;

b) el derecho internacional público (incluidos los principios generales de derecho); es el caso de los inversores que utilizan el CIADI respecto a controversias de inversión entre un Estado y un inversionista extranjero.

c) derechos concurrentes o combinados; por ejemplo, los arbitrajes resultantes de la nacionalización del petróleo en Libia en que eran aplicables los principios de derecho de Libia que coincidían con los principios de derecho internacional y en ausencia de tales principios los principios generales del derecho incluidos aquellos que pueden haber aplicado los tribunales internacionales.

d) derecho transnacional (incluido el derecho internacional del desarrollo, la *lex mercatoria*, cláusulas y prácticas codificadas, y usos comerciales). Para estos efectos se acude a los Principios de UNIDROIT sobre Derecho Comercial Internacional y los Principios de Derecho Contractual Europeo de 1998.

d) Equidad y justicia. Pero para aplicar esta cláusula es necesario que las partes lo acuerden y que el derecho aplicable permita dicha modalidad *ex aequo et bono*.

Si las partes guardan silencio sobre la ley aplicable los árbitros eligen cualquiera de los ordenamientos o reglas jurídicas que podrían haber acordado las propias partes si así lo hubieran querido.

La cláusula compromisoria se rige por la misma ley que rija el contrato.

8. Cláusulas compromisorias y compromisos arbitrales.

El acuerdo arbitral designa la cláusula compromisoria y el compromiso, según se pacte el arbitraje para controversias futuras o existentes.

En virtud de la Convención de Nueva York cada Estado se obliga a reconocer y hacer cumplir el acuerdo arbitral siempre que se hayan reunido los siguientes requisitos: a) Que el acuerdo conste por escrito. Según la Ley Modelo, cualquier medio de telecomunicación que produzca una “constancia del acuerdo” será suficiente para que se considere cumplido el requisito de la constancia por escrito. Cuando una de las partes participa en un arbitraje sin negar la existencia del acuerdo arbitral, puede ser suficiente el “consentimiento implícito”. b) Que se refiera a controversias existentes o futuras. La cuestión arbitrable se determina por la ley nacional respectiva. El hecho que con arreglo a un determinado derecho cierta controversia sea o no “arbitrable” es un tema de orden público que debe resolver el derecho en cuestión. c) Que las controversias se refieran a una relación jurídica determinada, sea o no de índole contractual; y, d) Que se refieran a una materia susceptible de ser resuelta por arbitraje. Se establece la posibilidad de negar la ejecución del laudo arbitral si una de las partes del acuerdo arbitral estaba sujeta a alguna incapacidad, o que el acuerdo no es válido con arreglo a la ley aplicable.

9. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 221 de junio de 1985, y Reglamentos de Arbitraje y otras materias.

El arbitraje comercial internacional se rige por los Tratados internacionales.¹¹⁹⁸ Sin embargo, además de los tratados internacional se pueden mencionar la Ley Modelo y los Reglamentos de Arbitraje que pueden ser utilizados en la redacción de las leyes de arbitraje y reglamentos de Centros de Arbitraje. Igualmente, estos Reglamentos pueden ser utilizados en el arbitraje institucional y en el arbitraje ad hoc.

Estos documentos han contribuido a la unificación del arbitraje y son producto del consenso de especialistas y de la práctica internacional arbitral.

Estos documentos son, entre otros, los siguientes:

1) Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (Documento de Naciones Unidas A/40/17, Anexo 1). Esta Ley Modelo fue aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985.

2) Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Resolución 31/98, aprobada por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1976.

3) Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral que no tienen carácter vinculante pero que pueden ser utilizadas sea o no el arbitraje organizado por una institución arbitral.

4) Reglamento sobre la presentación de prueba en el arbitraje comercial internacional que fue aprobado el 1 de junio de 1999 por el Consejo de la International Bar Association (IBA).

5) Reglamento de Arbitraje Internacional del CIRD, Centro Internacional de Resolución de Disputas;

6) Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional CCI vigente a partir del 1 de enero de 1998.

7) Reglas Procesales aplicables a la iniciación de los procedimientos de conciliación y arbitraje del Centro para el Arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

8) Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres en vigor a partir del 1 de enero de 1998; y,

9) Modelos de cláusulas arbitrales para contratos internacionales.

10. Tratados sobre arbitraje comercial internacional.

Se pueden mencionar los siguientes tratados bilaterales o multilaterales:

1. Tratado de derecho procesal internacional, suscrito en el primer Congreso de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado de 1889.

Este tratado está vigente entre Argentina, Bolivia, Colombia (Ley 68 de 1920), Paraguay, Perú y Uruguay. Los artículos 5,6 y 7 se refieren al cumplimiento de las sentencias y laudos arbitrales.

El artículo 5 dice: “ Las sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás, la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado, si reúnen los requisitos siguientes:

a) Que la sentencia o fallo haya sido expedido por tribunal competente en la esfera internacional;

¹¹⁹⁸ Marco Gerardo Monroy Cabra, Arbitraje Comercial, Nacional e Internacional, segunda edición, Edit Legis, 1998

b) Que tenga el carácter ejecutoriado o ‘pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido;

c) Que la parte contra quien se ha dictado haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se ha seguido el juicio, y

d) Que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución.

El artículo 6 dice:” Los documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias y fallos arbitrales, son los siguientes:

a) Copia íntegra de la sentencia o fallo arbitral;

b) Copia de las piezas necesarias para acreditar que las partes han sido citadas, y

c) Copia auténtica del auto en que se declare que la sentencia o laudo tiene el carácter ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho auto se funda. “

El artículo 7 expresa: “El carácter ejecutivo o de apremio de las sentencias y fallos arbitrales, y el juicio a que su cumplimiento dé lugar, serán los que determine la ley de procedimientos del Estado donde se pide la ejecución.”

Conforme a lo antes expuesto, el Tratado de derecho procesal internacional de Montevideo de 1889 reguló el exequátur de sentencias y laudos arbitrales proferidos en el exterior, tanto en materia civil como comercial y siempre que se llenen los requisitos en el artículo 5 antes transcrito.

2. Convenio entre España y Colombia para la ejecución de las sentencias civiles de 30 de mayo de 1908.

Este Convenio tiene por objeto el reconocimiento recíproco de ejecución de las sentencias civiles pronunciadas por los tribunales comunes de una de las Altas Partes contratantes; el reconocimiento y eventual ejecución de las sentencias extranjeras solamente se supedita a dos requisitos: positivo el uno (firmeza, art 1,1) y negativo el otro (orden público, equivalente a las leyes vigentes en el Estado en que se solicita su ejecución, número 2 del art 1).

3. Protocolo de Ginebra de 1923, sobre cláusulas de arbitraje.

El objetivo principal de este convenio fue el reconocimiento de la validez del pacto arbitral en los diferentes Estados contratantes.

El Protocolo consagra las siguientes normas:

a) Reconoce la cláusula compromisoria en el artículo 1, permitiendo a los Estados limitarla a asuntos comerciales. Expresa el artículo 1: “Cada uno de los Estados contratantes reconoce la validez de un acuerdo relativo a diferencias actuales o futuras entre partes sujetas, respectivamente, a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes por el que las partes en un contrato convienen en someter al arbitraje todas o cualesquiera diferencias que puedan suscitarse respecto de tal contrato, relativo a asuntos comerciales o a cualquier otro susceptible de arreglo por arbitraje, deba o no éste tener lugar en un país a cuya jurisdicción ninguna de las partes esté sujeta. Todo Estado contratante se reserva el derecho de limitar la obligación arriba citada a los contratos que se consideren comerciales por su derecho nacional. El Estado contratante que haga uso de este derecho lo notificará al secretario general de la Sociedad de Naciones para que pueda informarse así a los otros Estados contratantes.”

Esta norma establece la posibilidad de reserva, en los instrumentos correspondientes de ratificación, para limitar el campo de aplicación a los contratos que se consideren comerciales para cada derecho nacional. De esta manera queda vinculada en cuanto a la calificación la nota de comercialidad, según el derecho de cada Parte contratante;

b) Según el artículo 2 el procedimiento de arbitraje, inclusive la constitución del tribunal arbitral, se regirá por la voluntad de las partes y por la ley del país en cuyo territorio tenga lugar el arbitraje;

c) El artículo 3 preceptúa que todo Estado contratante se compromete a asegurar la ejecución por sus autoridades, y según su ley nacional, de las sentencias arbitrales promulgadas en su territorio;

d) Los tribunales de los Estados contratantes, al presentárseles un litigio sobre un contrato celebrado entre personas comprendidas en el artículo 1 y que incluya acuerdo de arbitraje válido en virtud de dicho artículo y susceptible de aplicación, lo someterá, a petición de una de las partes, a la decisión de los árbitros. Lo anterior no prejuzgará la competencia de los tribunales en el caso de que, por cualquier motivo, el acuerdo de arbitraje prescriba o se anule. Esta norma (art 4) contiene una importante novedad, relativa a la posibilidad de plantear una excepción por incompetencia de jurisdicción o por *litis pendencia* arbitral, en el supuesto de que exista un contrato válido de arbitraje entre las partes, la cual será hecha valer respecto de las jurisdicciones estatales que conozcan de un asunto que las partes entendieron someter al arbitraje.

4. Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927, relativo a la ejecución de las sentencias extranjeras.

Este Convenio fue ratificado por los mismos Estados del Protocolo de 1923 con excepción de Albania, Brasil, Irak, Mónaco, Noruega y Polonia. Es la consecuencia y continuación del Protocolo de 1923 al que se alude en el artículo 1.

El objetivo del Convenio no es otro que el de asegurar el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras dictadas en el territorio de una de las partes contratantes, y entre personas sometidas a la jurisdicción de una de ellas.

Las disposiciones más importantes de esta Convención son las siguientes:

a) El artículo 1 determina los requisitos para otorgar el exequátur de sentencias arbitrales extranjeras en estos términos:

“En los territorios dependientes de una de las altas partes contratantes a las cuales se aplique el presente convenio, se reconocerá la autoridad de toda sentencia arbitral recaída como consecuencia de un compromiso o de una cláusula de arbitraje, abierto a firma en Ginebra a partir del 24 de septiembre de 1923, y la ejecución de dicha sentencia se llevará a efecto de conformidad con las reglas de procedimiento seguidas en el territorio donde la sentencia se invoque cuando dicha sentencia haya sido dictada en territorio dependiente de una de las altas partes contratantes.

Para obtener dicho reconocimiento o dicha ejecución será necesario además:

a) Que la sentencia haya sido dictada a consecuencia de un compromiso o cláusula compromisoria válidos, según la legislación que les sea aplicable;

b) Que con arreglo a la ley del país donde sea invocada, el objeto de la sentencia sea susceptible de solución por vía de arbitraje;

c) Que la sentencia haya sido pronunciada por el tribunal arbitral previsto en el compromiso o en la cláusula compromisoria o constituido conforme acuerdo entre las partes y a las reglas de derecho aplicables al procedimiento de arbitraje;

d) Que la sentencia se haya hecho firme en el país donde hubiere sido dictada, no considerándose como tal si es susceptible de impugnación, apelación o recurso de casación (en los países en que existan dichos procedimientos), o si se prueba que está en curso un procedimiento para impugnar la validez de la sentencia.

e) Que el reconocimiento o ejecución de la sentencia no sean contrarios al orden público o a los principios de derecho público en el país en que se invoque.

b) En el artículo 2 se dice que no se procederá al reconocimiento y ejecución de la sentencia si el juez comprobare:

a) Que la sentencia ha sido anulada en el país donde fue dictada;

b) Que la parte contra la cual la sentencia se invoque no ha tenido conocimiento, en tiempo oportuno, del procedimiento de arbitraje para hacer valer sus medios, o que siendo incapaz, no haya estado regularmente representada, y

c) Que la sentencia no verse sobre la diferencia prevista en el compromiso, o no se encuentre incluida en las previsiones de la cláusula compromisoria, o que contenga decisiones que excedan de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria.

Si la sentencia no ha resuelto todas las cuestiones sometidas al tribunal arbitral, la autoridad competente del país en que se pida el reconocimiento o la ejecución de dicha sentencia podrá, si lo juzga oportuno, aplazar dicho reconocimiento o dicha ejecución, o subordinarlas a la garantía que determine dicha autoridad.

b) El artículo 3 expresa:

c) Si la parte contra la que ha sido dictada la sentencia acreditare que, de conformidad con las reglas de derecho aplicables al procedimiento de arbitraje, existe una causa distinta de las señaladas en el artículo 1, letras a) y c), y el artículo 2, letras b) y c) que le permite impugnar en justicia la validez de la sentencia, el juez, si lo estime oportuno, podrá no proceder al reconocimiento o a la ejecución de la misma, o suspenderlos, dando a la parte un plazo razonable para que sea declarada la nulidad por el tribunal competente.

d) Las normas anteriores no impiden a la parte interesada usar del derecho de hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medidas admitidas por la legislación y los tratados del país donde dicha sentencia se invoca.

e) Este Convenio no se aplica sino a las sentencias arbitrales proferidas después de la entrada en vigor del Protocolo relativo a las cláusulas de arbitraje, abierto a la firma en Ginebra a partir del 24 de septiembre de 1923. La ejecución de la sentencia según el convenio se llevará conforme a las reglas del Estado Parte donde sea invocada, y además se deberán presentar al juez competente los siguientes documentos:

a) Original y copia de la sentencia que reúna los requisitos que se exijan en el país en el cual se invoque;

b) Documentos que demuestren que la sentencia ha quedado en firme;

c) Documentos que prueben que la sentencia fue dictada a consecuencia de una cláusula o compromiso arbitral y que fue dictada por el tribunal compuesto por las partes, y

d) Debe presentarse una traducción de la sentencia y de los documentos aprobatorios, debidamente certificada por un agente diplomático del país en el cual se invoque.

e) El Tratado de Ginebra de 1927 no deroga expresamente ningún tratado bilateral anterior, en lo que afecta al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. El artículo 10, en lo que respecta a la sucesión de Estados, establece expresamente que el convenio no se extenderá de pleno derecho a las colonias, protectorados o territorios situados bajo la soberanía o mandato de una de las altas partes contratantes.

5. Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante.

Este Código fue adoptado por la VI Conferencia Internacional Americana de 1928. Está vigente en los siguientes Estados: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

Este Código establece los procedimientos para la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros en los artículos 423 a 433.

El artículo 423 del Código dice:

Toda sentencia civil o contencioso administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás, si reúne las siguientes condiciones:

a) Que tenga competencia para conocer el asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este código, el juez o tribunal que la haya dictado;

b) Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio;

c) Que el fallo no contravenga al orden público o al derecho público del país en que quiere ejecutarse;

d) Que sea ejecutoriada en el Estado en que se dicte;

e) Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado, y

f) Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legalización del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.

g) El artículo 424 dice que la ejecución de la sentencia deberá solicitarse al juez o tribunal competente para llevarla a efecto, previas las formalidades requeridas por la legislación anterior. La ejecución de la sentencia que haya sido reconocida se hará por los trámites de la ley del juez o tribunal respectivo.

h) El artículo 432 permite aplicar el procedimiento previsto en los artículos 423 y siguientes a los laudos arbitrales:

i) “El procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores, se aplicarán en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables compondores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite.

Por tanto, el Código Bustamante permite el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, y los requisitos que se exigen coinciden con los establecidos en el tratado de Montevideo de 1889, antes visto.

6. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, adoptado en el Segundo Congreso de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1939-1940.

Este Tratado sólo rige para Argentina y Paraguay.

Los artículos 5, 6 y 7 contienen normas sobre ejecución de las sentencias extranjeras y laudos arbitrales. El tratado de 1940 sigue los lineamientos del tratado de 1889 con algunas innovaciones. El artículo 5 dice: “Las sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en donde fueron pronunciados, si reúnen los requisitos siguientes:

a) Que hayan sido dictados por tribunales competentes en la esfera internacional;

b) Que tengan el carácter de ejecutoriados o pasados por autoridad de cosa juzgada en el Estado en donde hayan sido pronunciados;

c) Que la parte contra la cual se hubieran dictado haya sido legalmente citada, y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se siguió el juicio, y

d) Que no se opongan al orden público del país de su cumplimiento. Quedan incluidas en el presente artículo las sentencias civiles dictadas en cualquier Estado signatario, por un tribunal internacional, que se refieran a personas o intereses privados.

Debe observarse que esta última parte es nueva y no estaba incluida en el Tratado de Montevideo de 1889.

El artículo 6 determina los documentos necesarios para solicitar el cumplimiento de las sentencias o laudos arbitrales:

a) Copia íntegra de la sentencia o del fallo arbitral;

b) Copia de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento al inciso e) del artículo anterior, y

c) Copia auténtica del laudo que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho auto se funda.

El artículo 7 fija el procedimiento:

“La ejecución de las sentencias y de los fallos arbitrales, así como la de las sentencias de los tribunales internacionales, contempladas en el último inciso del artículo 5 deberá pedirse a los jueces o tribunales competentes, los cuales, con audiencia del Ministerio Público y previa comprobación de que aquellos se ajustan a lo dispuesto en dicho artículo, ordenarán su cumplimiento por la vía que corresponda, de acuerdo con lo que a ese respecto disponga la ley de procedimiento local. En todo caso, mediante pedido formulado por el Ministerio Público, y aún de oficio, podrá oírse, sin otra forma de defensa, a la parte contra la cual se pretende hacer efectiva la sentencia o el fallo arbitral de que se trata. “

7. Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 10 de junio de 1958.

7.1. Origen.

La Cámara de Comercio Internacional en 1953 promovió un nuevo tratado destinado a regir los arbitrajes comerciales internacionales. El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) recogió las propuestas de la CCI y de ello derivó la Convención de Nueva York adoptada en 1958.

Esta Convención reemplaza a la Convención de Ginebra de 1927 entre aquellos Estados que son Parte en ambas Convenciones.

7.2. Alcance de la Convención.

La Convención de Nueva York también se refiere al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, y fue concebida para ser aplicada a los acuerdos internacionales de arbitraje.

Si bien la Convención de Nueva York hace referencia al reconocimiento y a la ejecución de “sentencias arbitrales extranjeras”, la Convención también regula el reconocimiento y la aplicación de acuerdos de arbitraje.

La Convención parte de la base de que un Estado considerará como extranjero todo laudo dictado fuera de su territorio. La Convención no hace referencia a la naturaleza doméstica o internacional del arbitraje pues basta que el laudo haya sido dictado en el extranjero para que la Convención se aplique.

El artículo 1.3 de la Convención autoriza a los Estados que se adhieran a la Convención a hacer dos reservas. La primera es la reserva de reciprocidad; y la segunda es la reserva comercial, que también estaba contemplada en el Protocolo de Ginebra de 1923.

La primera reserva implica que las “sentencias de la Convención” es decir, laudos dictados en un Estado Parte de la Convención de Nueva York.

La segunda reserva faculta a los Estados Partes a declarar que sólo aplicarán la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, “ consideradas comerciales por su derecho interno “.

La Convención de Nueva York regula el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas al amparo de la Convención.

7.3. Características.

Las características de la Convención de Nueva York son las siguientes:¹¹⁹⁹

“1. Reconoce por primera vez la existencia de un arbitraje ad hoc para casos determinados, junto al arbitraje confiado a instituciones permanentes o arbitraje institucionalizado.

2. La delimitación de la internacionalidad o extranjería del arbitraje se hace con base en criterios más precisos.

3. Se define más concretamente el pacto arbitral, comprensivo tanto del compromiso como de la cláusula compromisoria, y se establecen las condiciones de su perfeccionamiento.

4. Se invierte la carga de la prueba, que pesa sobre la parte contra la cual la sentencia arbitral es invocada, la obligación de probar la eficacia y validez de cada uno de los elementos que componen el arbitraje.

5. La nacionalidad de la sentencia se fija con relación a un criterio territorial.

6. Se reconoce, así mismo, la posibilidad del exequátur parcial.

7. Se derogan expresamente los acuerdos de Ginebra.

8. Se deja entreabierto la posibilidad de que las disposiciones de esta Convención no afecten a la validez de los acuerdos multilaterales y bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales ni privarán a ninguna de las partes de cualquier derecho que pudieran tener, para hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida exigida por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se emitió. Esto significa que se consagra la opción de acogerse a una legislación más favorable a instancia de una de las partes interesadas.

7.4. Contenido.

El artículo 1 determina los alcances de la Convención extendiéndola a sentencias de árbitros o de órganos arbitrales permanentes tanto en materia civil como comercial. Esta norma dice: “1. La presente convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución. “

7.5. Acuerdo arbitral.

El artículo 2 denomina acuerdo por escrito tanto a la cláusula compromisoria como al compromiso, y obliga al juez a que siempre que esté acreditado el arbitraje remita a las partes al mismo a menos que compruebe que fue nulo, ineficaz o inaplicable.

El artículo 2 dice: “1. Cada uno de los estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

1199 Marco Gerardo Monroy Cabra, Arbitraje Comercial nacional e internacional, edit Legis, segunda edición, 1998 págs 140 y ss.

2. La expresión “acuerdo por escrito “ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenido en un canje de cartas y telegramas.

3. El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

7.6. Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

El artículo 3 determina que el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral se hará según la ley del Estado donde se invoque la sentencia:

“ Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevadas, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.”

El artículo 4 enumera los requisitos que se deben presentar para pedir el reconocimiento y ejecución de la sentencia:

“ a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, y

b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo 11, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

Se establece además que: “Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular. “

El sistema de la Convención de Naciones Unidas de 1958 es diferente del establecido en otros Convenios en los que se determinan las condiciones exigidas para el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales. No se exige probar los requisitos sino que se presenta la sentencia arbitral extranjera, acompañada de la cláusula arbitral o compromiso y esto es suficiente para el reconocimiento y la ejecución. La carga de la prueba se invierte y la contraparte debe probar alguna de las causales previstas en la convención, si quiere desvirtuar el laudo arbitral.

7. Denegación de reconocimiento y ejecución.

La Convención de Nueva York no admite la revisión de las cuestiones de fondo de un laudo arbitral al cual se aplica la Convención. La Ley Modelo tampoco lo permite.

En el artículo 5 están las causales de denegación del reconocimiento y la ejecución en forma taxativa.

La interpretación de las causales es restrictiva.

Las causales de denegación son las siguientes si la parte contra la cual es invocada prueba:

a) Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable, o que dicho acuerdo no es válido, en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no fue debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no pudo, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje, pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes, o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

En relación con esta última excepción se trata del orden público internacional compuesto por los principios generales del Estado donde se va a reconocer y ejecutar el laudo internacional y no al orden público interno.

La sentencia o laudo arbitral se presume válido y la parte contra la cual es invocada la sentencia debe probar ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución que existe alguna de las causales establecidas en el artículo 5 para negar el exequátur del laudo.

Además, se permite la ejecución parcial del laudo arbitral para lo cual se pueden dividir las cuestiones sometidas a arbitraje de las que no lo han sido o aquellas que han excedido los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria. Las causales previstas en el artículo 5 trataban sobre los mismos puntos del Convenio de Ginebra de 1927. Sin embargo, se introdujeron algunos cambios como por ejemplo: a) Se consagra la autonomía de las partes, y b) Si las partes han guardado silencio, se entenderá que la ley aplicable será la del lugar en donde se dictó la sentencia. En los demás aspectos se mantuvo el Convenio de 1927.

El artículo 6 dice: “ Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra para que dé garantías apropiadas. “

Esto significa que cuando se haya pedido la anulación o suspensión de la sentencia, la autoridad competente podrá aplazar la decisión sobre ejecución de la sentencia. Así mismo, cuando se haya pedido la anulación o suspensión de la sentencia, si la parte lo pide, la autoridad competente podrá ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas.

El artículo 7 en su primera parte expresa que esta convención no afecta: “La validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los estados contratantes ni privará a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque. “

Por tanto, la Convención de 1958 no derogó las convenciones multilaterales o bilaterales que regulan el exequátur, y les dio opción para acogerse a la legislación más favorable a instancia de una de las partes interesadas.

La segunda parte del artículo 7 expresa que la convención deja sin efectos el Protocolo de Ginebra de 1923, relativo a las cláusulas de arbitraje, y la Convención de Ginebra de 1927, sobre la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, respecto de los Estados que sean partes en los mismos.

Colombia aprobó esta convención mediante la Ley 37 de 1979, pero esta ley fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia. Por esta razón esta Convención fue nuevamente aprobada por el Congreso mediante la Ley 39 de 1990.

8. Convención europea sobre arbitraje comercial internacional de Ginebra de 21 de abril de 1961.

La finalidad de esta Convención es reglar los problemas inherentes al establecimiento y operación de procedimientos para la resolución de controversias emanadas de los acuerdos comerciales celebrados entre Estados europeos especialmente entre los países de Europa Oriental y los de Europa Occidental.

Esta convención no contempla el supuesto de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros; consagra el criterio de la autonomía de la voluntad tanto para el fondo como para el procedimiento; regula el arbitraje no administrado; acentúa el carácter jurisdiccional del arbitraje, y reconoce fuentes de carácter no estatal surgidas de la práctica del comercio en el seno de la comunidad internacional de comerciantes.

Las principales características son las siguientes:

a) Sólo regula relaciones de comercio internacional;

b) Se aplica según el artículo 1: “a) Aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieran sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes;

c) Se acepta tanto el arbitraje ad hoc como el permanente;

d) Se reconoce la capacidad de las personas jurídicas de derecho público para someterse a arbitraje, pudiendo en este aspecto cada Estado formular reservas;

e) Se contempla la posibilidad para los extranjeros de ser árbitros (art 3).

f) La Convención establece límites a las causales que permiten la anulación de un laudo dictado al amparo de la Convención. Dispone que la anulación de un laudo en un Estado contratante sólo constituye causa para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo en otro Estado contratante si el laudo fue anulado conforme a alguna de las causales contempladas en la Convención.

g) Estas causales, que se asemejan bastante a las cuatro primeras causales de denegación de reconocimiento y ejecución de sentencias establecidas en la Convención de Nueva York, son los únicos motivos reconocidos como válidos por la Convención Europea para la anulación de un laudo.

h) La Convención Europea no regula el reconocimiento y ejecución de laudos, sino que deja la cuestión al arbitrio de otros tratados, incluida la Convención de Nueva York, a la que la Convención Europea complementa.

9. Convenio de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, del 18 de marzo de 1965.

El tratado crea, con carácter permanente, el Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones, que tiene por objeto facilitar este tipo de soluciones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados, mediante un procedimiento de conciliación y de arbitraje, cuyas reglas se especifican.

El Centro tiene un Consejo Administrativo, integrado por cada uno de los Estados contratantes, y una secretaría. Se establecen listas de conciliadores y listas de árbitros, los cuales serán designados en número de cuatro, por cada Estado contratante, procurando en todo momento que sean de diversa nacionalidad. Se otorga plena personalidad jurídica de carácter internacional al Centro para contratar, adquirir bienes muebles e inmuebles y para comparecer en juicio (art 18). Cada Estado goza de las inmunidades y privilegios que se señalan.

Las características principales de este convenio son las siguientes:

- a) Se consagra la autonomía de las partes para dirimir por este medio los conflictos relativos a inversiones;
- b) La competencia del Centro se fundamenta en el consentimiento de las partes manifestado por escrito y se extiende a todos los conflictos relativos a una inversión entre un Estado contratante o cualquier dependencia de éste y un nacional de otro Estado, sea persona natural o jurídica;
- c) Los Estados pueden notificar al Centro las clases de conflictos que acuerdan dirimir por este medio;
- d) El tribunal arbitral decidirá sobre su propia competencia;
- e) La ley aplicable será la que las partes hayan acordado, y a falta de ésta será la del Estado parte en el acuerdo arbitral;
- f) El laudo debe ser motivado, so pena de nulidad; y,
- g) El laudo arbitral que se dicte, de acuerdo con lo establecido en el convenio, es obligatorio para las partes, salvo los recursos previstos (aclaración, revisión y anulación del laudo).

El recurso de aclaración consiste en la posibilidad que tienen las partes de pedir aclaración, mediante escrito dirigido al secretario general, de cualquier diferencia que surgiera en el sentido o alcance del laudo. En principio la solicitud se somete al mismo tribunal que dictó el laudo; si no es posible se constituirá un nuevo tribunal, y éste, si lo considera conveniente, suspenderá la ejecución del laudo arbitral hasta que se decida sobre las anteriores diferencias.

El recurso de revisión se presenta cuando una de las partes prueba tener algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo. Este hecho debe ser desconocido por el tribunal y por la parte que lo pide al momento de dictar el laudo y no debe surgir por la negligencia de la parte que lo pide.

La demanda de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes a la fecha en la cual se dictó el laudo. Esta petición se someterá, si es posible, al mismo tribunal que dictó el laudo, y si no es posible, se constituirá un nuevo tribunal.

La ejecución del laudo se podrá suspender hasta que se decida sobre su ejecución, la cual puede ser de oficio o a petición de parte; la decisión la hará el nuevo Tribunal.

La anulación del laudo puede ser solicitada al secretario general por las partes, si se ha incurrido en una o varias de las siguientes causales:

- a) Que el tribunal se hubiera extralimitado en sus facultades;
- b) Que alguno de los árbitros del tribunal no obre con la suficiente rectitud y honestidad en el proceso y al dictar el laudo;
- c) Que haya indebida observancia del conjunto de normas que regulan el procedimiento, y

d) Que el laudo no haya sido motivado

La petición de anulación deberá presentarse dentro de los 120 días siguientes a la fecha en que se dictó el laudo, Si la causal alegada fuere la de falta de rectitud y honestidad de los árbitros, el plazo se empezará a contar desde que hubieran ocurrido los hechos, siempre que esto no pase de tres años de haberse dictado el laudo. Al recibirse la petición, el Presidente del Consejo de Administración constituirá una comisión ad hoc compuesta por tres personas seleccionadas de la lista de árbitros. Éstos deberán ser distintos de los que intervinieron en el tribunal anterior y de nacionalidad distinta de las partes. Esta comisión decidirá la anulación total o parcial del laudo. Si el laudo fuere anulado, el conflicto existente entre las partes será sometido a un nuevo tribunal a petición de una de las partes.

Las partes pueden acudir a un tribunal arbitral de equidad (art 42). Todo laudo será obligatorio para las partes sin que pueda ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en el tratado sobre aclaración, revisión y anulación de los mismos.

10. Convenio de Moscú del 26 de mayo de 1972.

La Convención de Moscú se suscribió el 26 de mayo de 1972, y los primeros Estados signatarios fueron los Estados de Europa del Este agrupados en el Consejo de Ayuda Económica Mutua. Sin embargo hoy, con la desaparición de la República Democrática Alemana y con la renuncia de Polonia, República Checa y Hungría, sólo se aplica a Bulgaria, Cuba, Mongolia, Rumania y Rusia. La Convención regula la resolución por vía de arbitraje de controversias surgidas en el marco de cooperación económica, científica y técnica entre los Estados miembros el CAEM.

La Convención establece que los laudos arbitrales serán “ definitivos y obligatorios “ y deben ser ejecutados “voluntariamente “por las partes. En su defecto, pueden ejecutarse como cualquier otro fallo definitivo de los tribunales del Estado de ejecución. El procedimiento de ejecución puede iniciarse hasta dos años desde la fecha del laudo, y existen tres causales de denegación de ejecución que se asemejan a las establecidas en la Convención de Nueva York, a saber, falta de jurisdicción, denegación de audiencia y anulación del laudo.

11. Convención de Panamá de 1975.

Esta Convención fue firmada el 30 de enero de 1975 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

1. Acuerdo de las partes.

Esta Convención dispone respecto al acuerdo de las partes lo siguiente: “ Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pusiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en canje de notas, telegramas o comunicaciones por télex “. Esta norma tiene los siguientes principios:

a) Se refiere al pacto arbitral que comprende tanto el compromiso como la cláusula arbitral;

b) El arbitraje que se regula es respecto de diferencias que pudiesen surgir o hayan surgido con relación a un negocio de carácter mercantil; y

c) El pacto arbitral debe constar en escrito firmado por las partes o en canje de notas, telegramas o comunicaciones por télex.

2. Nombramiento de los árbitros.

El artículo 2 de la Convención dice:”El nombramiento de los árbitros se hará en la forma convenida por las partes. Su designación podrá delegarse a un tercero, sea ¿este persona natural o jurídica. Los árbitros podrán ser nacionales o extranjeros.”

Se adoptan estos principios:

a) Se reconoce a la autonomía de las partes la potestad de designar los árbitros;

b) La designación de árbitros puede delegarse a un tercero que puede ser persona natural o jurídica. Esto significa que se puede designar como árbitro a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC, y

c) Los árbitros pueden ser nacionales o extranjeros. Hay que advertir que el artículo 8 del Decreto 2279 de 1989. Modificado por el artículo 100 de la Ley 23 de 1991 dice: “Los árbitros serán ciudadanos colombianos, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados vigentes respecto del arbitraje internacional. “

Esto implica que en tratándose de arbitraje comercial internacional los árbitros pueden ser extranjeros por cuanto este arbitraje se rige por lo previsto en los tratados públicos internacionales.

3. Procedimiento.

El artículo 3 dice: “ A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial “.

La regla es que las partes en virtud de la autonomía privada determina las reglas de procedimiento. La regla supletoria es que si guardan silencio se aplican las reglas de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC

4. Fuerza ejecutiva y reconocimiento de las sentencias.

El artículo 4 dice.” Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecutan, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales. “

Esta norma asimila los laudos arbitrales a las sentencias judiciales ejecutoriadas y, por tanto, hay que aplicar las normas internas del país donde se ejecuta el laudo.

Esta norma no exime el exequátur del laudo arbitral ya que se refiere a un momento posterior al reconocimiento del laudo que es la ejecución del mismo que se hará según la ley del Estado donde se vaya a ejecutar.

5. Denegación del reconocimiento y la ejecución de las sentencias.

Se puede denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo a instancias de la parte contra la cual se invoca sólo si esa parte logra probar ante las autoridades competentes del Estado donde se persigue el reconocimiento y ejecución que se aplica alguna de las cinco causales de denegación establecidas en el artículo 5 de la Convención de Panamá que son similares a las cinco causales consagradas en el artículo 5 de la Convención de Nueva York.

Estas causales son las siguientes:

“a) Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia; o

B) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a

cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.

f) 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se piden el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a) Que, según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado. “

El artículo 6 agrega:

“Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo 5, numeral 1 literal e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a solicitud de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas.”

Estos artículos son iguales a los artículos 5 y 6 de la Convención de Nueva York de 1958.

La sentencia o laudo arbitral se presume válido y la parte contra la cual se invoca necesita probar que existe alguna de las causales previstas en el artículo 5 antes transcrito. Además, se autoriza el exequátur parcial y se prevé en ambas convenciones como causa de denegación el orden público internacional entendido como el conjunto de principios fundamentales que en cada Estado garantizan la paz, la seguridad y la estabilidad económica, política y social que deben ser en cada caso analizados.

La Convención de Panamá es más amplia que la Convención de Nueva York ya que esta se limita al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. La Convención de Panamá tiene mayor amplitud porque además del reconocimiento y ejecución se refiere al pacto arbitral, al nombramiento de los árbitros y al procedimiento que permite supletoriamente aplicar el Reglamento de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Ambas convenciones coinciden en que la ejecución del laudo arbitral se rige por las normas procesales del Estado donde se pide el reconocimiento de la sentencia, y coinciden también en las causas para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero. 12. Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de Montevideo de 1979.

Esta Convención fue aprobada mediante Ley 16 de 1981 habiéndose ratificado el 24 de junio de 1981.

a. *Ámbito de aplicación.*

El artículo 1 dice: “ La presente convención se aplicará a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados parte, a menos que al momento de la ratificación alguno de éstos haga expresa reserva de limitarla a las sentencias de condena en materia patrimonial.

Así mismo, cualquiera de ellos podrá declarar al momento de ratificarla que se aplica también a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito. Las normas de la presente convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975. “

2. Requisitos para la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

El artículo 2 de la Convención dice:

“Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeras a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados parte si reúnen las condiciones siguientes:

a) Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;

b) Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto;

c) Que se presenten debidamente legalizados, de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto;

d) Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto, de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto;

e) Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma o modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto;

f) Que se haya asegurado la defensa de las partes;

g) Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados, y

h) Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución. “

Estos requisitos son comunes a los ordenamientos procesales de los distintos Estados y los tratados internacionales.

3. Documentos exigidos.

El artículo 3 de la convención dice:

“Los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias, laudos y resoluciones jurisdiccionales son los siguientes:

a) Copia auténtica de la sentencia o del laudo y resolución jurisdiccional;

b) Copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos e) y f) del artículo anterior, y

c) Copia auténtica del auto que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada.

4. Exequatur parcial.

El artículo 4 de la convención dice. “ Si una sentencia, laudo y resolución extranjeros no pueden tener eficacia en su totalidad, el juez o tribunal podrá admitir su eficacia parcial mediante petición de parte interesada. “

6. Beneficio de pobreza.

El artículo 5 dice: “ El beneficio de pobreza reconocido en el Estado de origen de la sentencia será mantenido en el de su presentación. “

7. Procedimiento.

El artículo 7 dice: “ Los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos judiciales, para asegurar la eficacia de las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeras serán regulados por la ley del Estado en que se solicita su cumplimiento. “

13. Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras de La Paz, de 1984.

La Convención de La Paz tiene por objeto establecer normas para la eficaz aplicación del artículo 2 inciso d) de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Se trata de jurisdicción internacional indirecta en que se enumeran los casos en los que el juez del reconocimiento debe admitir la jurisdicción internacional indirecta del juez de la sentencia. La Convención admite como criterio general el lugar en que el demandado tenga su domicilio. A falta de domicilio se acoge la residencia para evitar la privación de justicia.

En acciones reales la regla general es la situación de los bienes (*lex rei sitae*).

La Convención de La Paz en materia de fueros renunciables acepta la prórroga de jurisdicción cuando haya aceptado la competencia expresamente, o cuando comparece son cuestionar la competencia del órgano judicial. En cuanto a la autonomía de la voluntad se les permite a las partes escoger la jurisdicción del Estado que profirió la sentencia con dos condiciones: a) que la competencia no haya sido establecida en forma abusiva; y, b) que haya existido conexión razonable con el objeto de la controversia. La Convención establece que se le podrá negar la eficacia extraterritorial a la sentencia que se dicte invadiendo la competencia exclusiva del Estado ante el cual se invoca. Además, la sentencia debe tener carácter de cosa juzgada y debe ser susceptible de reconocimiento o ejecución en todo el territorio del Estado donde fuere emitida.

La Convención no se aplica en una serie de materias (art 6). Además, no restringe las disposiciones más amplias de las convenciones bilaterales o multilaterales entre Estados Parte en materia de competencia en la esfera internacional, ni las prácticas más favorables que estos puedan observar ante la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (art 8).

14. Ley colombiana 315 de 1996, por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones (12 septiembre de 1996).

14.1. Criterios para determinar si el arbitraje es internacional.

La Ley 315 de 1996 fija los criterios determinantes para el arbitraje internacional.

El artículo 1 dice; “Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.

2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.

3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.

4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente.

5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

6. PAR. En el evento de que aun existiendo pacto arbitral alguna de las partes decida demandar su pretensión ante la jurisdicción ordinaria, la parte demandada podrá proponer la excepción de falta de jurisdicción con sólo acreditar la existencia del pacto arbitral.

Si bien no hay coincidencia con lo previsto en la Ley Modelo de la CNUDMI, sin embargo sigue muy de cerca este texto.

Los incisos 1 y 3 del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI establecen dos criterios que deben estar presentes para que un arbitraje sea considerado internacional. El primero es que la materia controvertida debe ser comercial, y el segundo, que el arbitraje sea internacional.

La Ley Modelo se aplica al arbitraje comercial, pero la Ley 315 se refiere al arbitraje internacional por lo cual cubriría materias no sólo comerciales sino civiles. Es decir, que la Ley 315 tiene mayor cobertura que la Ley Modelo.

La Ley Modelo no define qué debe entenderse por materia comercial. Se optó por poner una nota a pie de página en la cual se establece que debe darse una interpretación amplia a la expresión comercial para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractual o no.

La ley 315 dice que uno de los criterios para saber si un arbitraje es internacional es el que las partes al momento de la celebración del pacto arbitral tengan su domicilio en Estados diferentes. La Ley Modelo establece que un arbitraje será internacional si las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus establecimientos en Estados diferentes. Como la ley colombiana eliminó el carácter comercial, en lugar de establecimiento acogió el concepto de domicilio que es general y comprende tanto los asuntos civiles como los comerciales.

En cuanto al criterio 2 del artículo 1 de la Ley 315 hay que expresar que mientras la Ley Modelo habla de la parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial, la ley colombiana se refiere a la parte sustancial de las obligaciones directamente vinculadas con el objeto del litigio, cuyo lugar de cumplimiento debe encontrarse fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.

Si bien los criterios de la Ley 315 son más amplios que los de la Ley Modelo coinciden en lo general con la advertencia de que se trata de criterios alternativos y no acumulativos.

14.2. Arbitraje extranjero.

El arbitraje es internacional cuando se dan cualquiera de los puntos de conexión previstos en la Ley 315. El arbitraje es extranjero cuando todo laudo arbitral se profiera por un tribunal cuya sede se encuentra fuera del territorio nacional (art 3). El criterio diferenciador es que en el laudo extranjero sólo se tiene en cuenta el lugar del arbitraje, que debe haber sido fuera del territorio nacional; en cambio, en el arbitraje internacional hay otros factores de conexión alternativos unidos al pacto expreso de las partes.

14.3. Arbitraje doméstico.

El arbitraje es doméstico si no reúne los requisitos para ser arbitraje extranjero, o arbitraje internacional. Es decir, es doméstico el arbitraje realizado en Colombia respecto a controversias que no tienen ningún elemento extranjero y cuyo lugar de arbitraje es Colombia. Este arbitraje tanto en cuanto al fondo como al procedimiento se rige por la ley colombiana.

14.4. Normatividad aplicable al arbitraje internacional.

Según la Ley 315 el arbitraje internacional se rige por la Ley 315 de 1996, y por los Tratados de arbitraje de los cuales Colombia es Estado Parte.

El artículo 2 de la Ley 315 dice: “El arbitraje internacional se registrará en todas sus partes, de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los tratados, convenciones, protocolo y demás actos de derecho internacional suscrito y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil “

Se consagra la primacía de los tratados de arbitraje sobre la legislación interna colombiana. Estos tratados se han analizado anteriormente. De estos tratados rigen para Colombia: el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1889, la Convención de Panamá de 1975, la Convención de Nueva York de 1958, La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1989 de 1979, el Convenio Bolivariano de 1911 y el Tratado de Derecho Internacional Privado de 1905.

En ausencia de tratado público aplicable al fondo del litigio se aplica la autonomía de la voluntad. El artículo 2 de la Ley 315 dice: “En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros hayan de resolver el litigio “.

En cuanto al procedimiento, las partes pueden determinar las normas procesales por las cuales se ha de regir el arbitraje. Igualmente, podrán decidir que se apliquen las normas de un reglamento de arbitraje de una institución internacional como la Cámara de Comercio Internacional que tiene la Corte de Arbitraje; el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional CIAC, y otros Reglamentos de Instituciones Internacionales.

En cuanto al arbitraje internacional en los contratos estatales el artículo 4 de la Ley 315 modificó el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 así: “En los contratos con personas extranjeras, como también en aquellos con persona nacional, y en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistema de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional. “

La reforma consistió en adicionar la norma que permite el arbitraje internacional en contratos con persona nacional, y en precisar que las diferencias serán sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional, en lugar de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional como originalmente decía la última parte del artículo 70 de la Ley 80 de 1993.” Sin embargo, mediante sentencia C-347 de 1997 la Corte declaró exequible el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 de 1996 interpretando que al menos una de las partes debe ser extranjera. Asimismo, declaró inexecutable la siguiente expresión del artículo 4 de la Ley 315 de 1996, que modificó el último inciso del artículo 70 de la Ley 80 de 1993 “..como también en aquellos con persona nacional “. El fundamento fue que el arbitraje internacional exige siempre un elemento extranjero.

En cuanto al exequátur de laudos arbitrales extranjeros, o de laudos internacionales, conforme al artículo 693 del Código de Procedimiento Civil se aplicarán los Tratados de los cuales Colombia sea Estado Parte, y en su defecto la reciprocidad legislativa o sea se otorga en Colombia la misma fuerza que tengan los laudos colombianos en el Estado respectivo.

15. Conclusiones:

De todo lo expuesto, se deducen las siguientes conclusiones:

1. Debido a la globalización económica y a la internacionalización jurídica el arbitraje comercial internacional es cada vez más utilizado en operaciones comerciales internacionales.

2. El arbitraje comercial internacional se rige por lo previsto en los Tratados Públicos Internacionales, y supletoriamente por la ley escogida por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad tanto para el fondo de la controversia como al procedimiento.

3. Cada vez es mayor el número de Estados que adopta la Ley Modelo de la CNUDMI, y los Reglamentos de Instituciones Permanentes de Arbitraje como la Cámara de Comercio Internacional, o la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional CIAC.

4. Colombia debiera reformar su legislación arbitral para adoptar lo previsto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional como lo han hecho varios Estados.

5. El artículo 116 inciso 4 de la Constitución Política fue modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 1 en estos términos: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores y en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley “. En materia de arbitraje se reafirmó la constitucionalidad del arbitraje dándoles el carácter de jueces transitorios, permitiendo el arbitraje en derecho o en equidad, y dejando a la ley la reglamentación del arbitraje. El artículo 3 de la Ley 1285 de 2009 modificó el artículo 8 de la Ley 170 de 1996 reafirmó que :”Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad. “ El artículo 6 de esta Ley modificó el artículo 13 de la Ley 270 de 1996 respecto al arbitraje así 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso. “ La Corte Constitucional señaló en la sentencia C-713 de julio 15 de 2008 (Expediente PE-30) que es exequible el numeral 3 en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales. Esto significa que las partes pueden determinar el procedimiento, o aceptar el procedimiento de un Centro de Arbitraje, excepto si es Parte el estado o alguna de sus Entidades. Se reafirma que los árbitros administran justicia en forma transitoria, y que pueden fijar el procedimiento directamente o por remisión al procedimiento de un Centro de Arbitraje, excepto si el Estado o alguna de sus entidades es parte.

**“ARBITRAJE INTERNACIONAL DE
INVERSIONES – LA EXPROPIACIÓN
INDIRECTA DE LAS INVERSIONES,
EL CASO DE BOLIVIA.
DENUNCIA DE LA CONVENCIÓN DE
WASHINGTON”**

Dr. Ramiro Moreno Baldivieso

Presidente

Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia

ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

La Expropiación Indirecta de las inversiones, el caso de Bolivia.

Denuncia de la Convención de Washington

Ramiro Moreno-Baldivieso¹²⁰⁰

SUMARIO.

1. Consideraciones generales
2. Expropiación y nacionalización
3. La seguridad jurídica y la expropiación
4. La expropiación como forma de desinversión
5. Situación actual

1200 Abogado graduado de la Universidad Mayor de San Andres, La Paz, Bolivia, Master en Leyes LLM Harvard Law School, Harvard University, Presidente de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia, miembro Académico Correspondiente Extranjero de la Academia de Jurisprudencia de Colombia y de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación de Mexico; Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Catedrático de Derecho Civil y Comercial de la Universidad Mayor de San Andres, Director Principal del Estudio Moreno Baldivieso Abogados – EMBA- La Paz, Bolivia.

1.- Información Preliminar.

Como se viene afirmando –no desde ahora sino desde mucho tiempo atrás– los países siempre tuvieron la preocupación de cómo alcanzar un desarrollo económico que les permita elevar los niveles de vida de sus habitantes y también contribuir a una mejor organización del Estado. Generalmente los recursos que contaban no fueron siempre lo suficientemente abundantes como para alcanzar los fines de política económica que se habían propuesto debido precisamente a la escasez o falta de otras fuentes alternativas para alcanzar el tan preciado desarrollo económico. Dichos recursos, tanto en lo referente a los que brinda la madre naturaleza, como los desarrollados por el hombre, como se sabe, no son abundantes, sino por el contrario, son escasos principalmente aquellos considerados como no-renovables, lo que lógicamente condujo a que los estados empiecen a diseñar estrategias para poder aprovechar oportunidades de inversión y de esa forma encarar con mayores recursos económicos, precisamente el anhelado desarrollo económico.

Es de esa manera que acuden a aquellos países que tanto en lo público como en lo privado, tienen excedentes de recursos económicos y que a su vez desean ampliar sus flujos de inversión colocando dichos excedentes en otros países distintos de su territorio, pero en condiciones que tiendan a minimizar el riesgo y en lo posible eliminar contingencias de diversa índole, sobre todo el denominado “riesgo político” que ponga en entredicho su inversión dando lugar a dos categorías especiales dentro del derecho internacional público: por una el Estado o la persona natural o jurídica que invierte, y por otra, el país que recibe la inversión o país anfitrión, o mejor dicho en términos económicos: países emisores de inversión, y países receptores de la inversión. Naturalmente la forma como se configura esa relación tiene que ser de carácter contractual en el negocio específico (entre las partes), pero, la vinculación que se establezca entre los países se realiza a luz de un tratado internacional sea bilateral o multilateral.

La necesidad de vincularse entre los estados en temas de inversión requiere de la utilización de mecanismos que en los últimos treinta años se ha dado con mayor facilidad por el efecto preponderante de la vinculación económica y lo que se viene denominando el efecto global o la globalización.

1201

Uno de los mecanismos más eficientes ha sido la configuración de los denominados acuerdos de protección de inversiones que por un lado tienen una faz bilateral como Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones -APPRI, o los Tratados Bilaterales de Inversión, más comúnmente conocidos en su acepción en inglés como Bilateral Investment Treaty (BIT's), que según los autores Bernardo M. Cremades y David J. A. Cairns, un TBI, es un tratado suscrito entre dos Estados, en el cual establece entre ellos un marco legal para el tratamiento de los flujos de inversión. Crea derechos para los inversores de ambos, esto es, los llamados “derechos derivados de un tratado”, mientras que las actuaciones legales procedentes de estos derechos pueden ser llamadas “reclamaciones derivadas de un tratado”... Estos acuerdos pueden revestir la forma de un tratado de concesión con el propio Estado, con una unidad territorial del mismo o con varias agencias estatales. Dichos contratos crearán asimismo derechos y obligaciones para los inversores, quienes podrán ser llamados “derechos derivados de un contrato o derechos contractuales”, que dan origen a actuaciones legales denominadas “reclamaciones derivadas de un contrato o contractuales”¹²⁰² y aquellos por otra parte, de

1201 A este respecto señala el autor Bernardo M. Cremades : “La economía global actual el producto tanto de los avances tecnológicos como de la liberalización del comercio mundial. Los fundamentos filosóficos de la globalización han sido la libertad de comercio, la libertad de inversión de capital y la libertad de establecimiento de empresas en países extranjeros. La esencia de la economía global está constituida para la inversión exterior directa. La globalización ha presenciado un aumento sin precedentes en flujos de esta clase de inversión y ha estimulado, asimismo, el desarrollo de mecanismos legales, con el objeto de proporcionar seguridad jurídica a la inversión exterior directa u sobre todo a los tratados de inversión “. Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns, La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados, Revista Internacional de Arbitraje, Pág.65, Bogotá, Colombia.

1202 Bernardo R. Cremades y David Cairns, La Seguridad Jurídica de las Inversiones Extranjeras: La protección contractual y de los tratados. Pág. 66, Revista Internacional de Arbitraje N° 1.

carácter multilateral como el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre los Estados suscrita el 18 de Marzo de 1965 de Washington, conocido también simplemente como la Convención de Washington de 1965, o específicamente, El Acuerdo Multilateral de Inversiones que forma parte de los países del OCDE – Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. Como se sabe, Bolivia ratificó la Convención de Washington en 1994, y realizó la denuncia del mismo el 2 de Mayo de 2007, con efectividad definitiva en Noviembre de 2007 de conformidad con el Art. 72 de la referida convención, por lo tanto, Bolivia no reconoce ninguna competencia a los mecanismos de resolución de disputas del CIADI que pudieran presentarse en el futuro.

La inversión extranjera ha tenido diversas formas de protección. También ha tenido diversos cambios que se relacionaron con el derecho, la economía, los procesos económicos-político tanto a nivel mundial como a nivel nacional que van desde las tradicionales posiciones de utilización de los canales diplomáticos con la posibilidad del uso de la fuerza para preservar de inversión de sus nacionales, hasta modernamente la implementación del arbitraje de inversiones que conlleva la renuncia parcial de una de las partes a la soberanía en aras de la solución de las diferencias, habiendo resultado dichos mecanismos eficientes para la efectiva protección de las inversiones.

Sin embargo, salta la vista la imprecisión del manejo de conceptos como por ejemplo, lo que se entiende por protección y por inversión, que desde luego no cabe un concepto unívoco de esta, sino acepta una variedad de los mismos por la naturaleza del contenido del concepto o por lo que las partes quisieron insertar al momento de negociar un TBI, es decir, tanto de una parte como de la otra, la que realiza la inversión y la que recibe la misma. Ambos conceptos van integrados y hasta se ha convertido en una exigencia que toda inversión tenga como su correlato la idea de la protección desde la perspectiva del país que realiza la misma, como también por parte del país receptor de ella, la inversión que realiza una nacional de un país diferente, en un país que recibe la inversión.¹²⁰³ Así tenemos que protección de acuerdo con el Dr. Leonardo Granato, proviene del latín *proteccio*, significando la acción y efecto de proteger. Y “*proteger*” proviene del latín *protegeré* (de *pro*, delante y *tegere*, cubrir) que significa amparar, favorecer, defender, preservar. Entonces, corresponde amparar, favorecer, defender

Con relación a lo que debemos entender por inversión extranjera, generalmente los conceptos y definiciones se encuentran contenidos en los diferentes tratados de protección recíproca de inversiones que negocian los países. Son los TBI’s los que sin duda contienen definiciones de lo que debe entenderse por inversión. Señalan Cremades y Cairns que “la práctica de TBI estándar consiste en combinar: una lista ilustrativa de activos específicamente protegida con una definición abierta de inversión, que incluye todo tipo de activos, derecho e intereses. El resultado al que se llega es una definición muy amplia de inversión con arreglo a la cual...” “todo aquello que tenga valor económico, prácticamente sin limitación...” puede ser protegido por el TBI, lo que asegura una flexibilidad máxima en la aplicación de los TBI¹²⁰⁴. Que los TBI’s en particular se ocupen de definir la inversión, esta puede variar de concepción, de contenido, pero lo trascendental radica en el principio de voluntad de las partes y su autonomía contractual para fijar mutuamente lo que deberán entender por inversión, para que en su caso, se llegue a entendimientos no conflictivos o discrepantes que dificulten el correcto devenir de un TBI.

1203 Afirma el Dr. Leonardo Granato en su Tesina: “Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión”, que se ha sostenido que los países en desarrollo o mercados emergentes proveen de oportunidades de inversión y atractivas rentabilidades que deben sopesarse frente a ciertas desventajas: un sistema legal no demasiado apto por tener una clara preponderancia del poder administrativo sobre el judicial, sistemas deficientes de protección de derecho, instituciones políticas débiles, entre otras; lo que entendemos ha motivado la popularidad de los tratados de protección de los inversores extranjeros, asegurando así el respeto a ciertos derechos que trataremos más adelante, y en caso de violación, su juzgamiento por tribunales arbitrales internacionales. Centro Argentino de Estudios Internacionales, Working Paper No. 03

1204 Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns, La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados, Revista Internacional de Arbitraje, Pag.84, Bogotá, Colombia.

Sin embargo, es interesante lo señalado por el tratadista mexicano Francisco González de Cossío, cuando afirma que desde el punto de vista de la economía, se debe distinguir dos formas o dos aspectos de la inversión; lo que él denomina inversión directa e inversión de portafolio, que tiene más que ver la perspectiva de los activos y su propiedad, con aquella que administra y controla la inversión. Señala dicho autor que “La literatura económica distingue entre, por un lado, “inversión directa”, y, por el otro, “inversión de portafolio”. La inversión directa se refiere a la propiedad de bienes/activos por residentes extranjeros para propósitos de controlar el uso de dichos activos. Por el contrario, la inversión de portafolio es aquella en la cual existe un divorcio entre, por un lado, la administración y el control de la inversión, y, por el otro, la propiedad de la misma.”¹²⁰⁵

Desde luego todo lo anterior no deja de ser relevante, nos ayuda a concebir la inversión desde diversas perspectivas, así, entre inversión directa y de portafolio, no es novedosa, sino es simplemente ilustrativa pues si se combina ambas, se tiene una idea global dentro de lo difícil que es encontrar o tratar de darle una definición que cubra tanto los aspectos generales como los particulares, mejor, es tener una *cognosis* desde todos los ángulos, bien, desde el punto de vista económico, o bien desde el punto de vista legal. Desde esta última visión, me permito dar una noción de lo que pudiera ser entendida la inversión: una operación de carácter jurídico por la cual una persona adquiere o hace entrega de dinero u otros medios, para llevar adelante una actividad que le reportara beneficios no solamente dinerarios o frutos civiles, sino que le permite el goce, uso y disposición de los bienes facultándole también a participar de la actividad en forma directa en la administración y el control de dichos bienes.

No deja de ser importante la aproximación conceptual que realiza la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) sobre los Acuerdos Internacionales sobre Inversión – AII y su criterio de inversión basada en los activos que comprende una amplia gama y que contrasta con aquel concepto basadas en las empresas y en las transacciones que conciben a la inversión en función de la propiedad y en el control de una empresa o de un movimiento de capital. Los acuerdos internacionales de inversión que se basan en el criterio de los activos, hacen referencia a “todo tipo de activos”¹²⁰⁶ y que comprenden por lo general, 1) derechos de propiedad sobre los bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos reales, como por ejemplo hipotecas, prendas y cauciones; 2) acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participaciones económica en sociedades o empresas; 3) derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico; 4) derechos de propiedad intelectual; y 5) concesiones otorgadas por la ley o en virtud de un contrato.

Esta noción, como se puede apreciar, no es una descripción de lo que por lo general contienen los BIT’s es decir, se incluye de manera integral “todo tipo de bienes”, seguido de una lista ilustrativa de 5 categorías de los tipos de intereses que contiene una inversión (bienes inmuebles, acciones de las sociedades, derechos de crédito monetarios o contractuales que tengan valor financiero, derechos de propiedad industrial, concesiones comerciales y las referidas a los recursos naturales)¹²⁰⁷, sino, desde la actividad que lleva adelante el sujeto que se beneficia, participa y controla todo ese mecanismo de interés de ese sujeto. No comprende el punto de vista ni actitud del sujeto pasivo que recibe la conducta o la actividad del sujeto que se beneficia, participa o controla.

Dentro de esta línea de pensamiento y del enfoque que es necesario para nuestro análisis, es importante referirse a lo que es objeto de la protección dentro de los tratados, si es la inversión o si es el inversionista. Mucho de lo anterior ha sido objeto de análisis y estudio por variados investigadores y escolásticos, pero lo importante es delimitar muy brevemente entre lo que podría ser la persona o la institución que conforma el contenido y la esencia del tema que nos ocupa. En principio son los tratados bilaterales los que reconocen quienes son las entidades que tienen las características para

1205 Francisco González de Cossío, Arbitraje, Ed. Porrúa, Mexico, pag. 458.

1206 Glosario de términos y conceptos fundamentales de los AII, pag. 87,93.

1207 Carlos García Fernández, Definiciones: Inversión e Inversionista. Universidad de la Producción Mexico, pag.2

poder ser consideradas como inversionistas, no interesando si se trata de personas físicas (naturales) o jurídicas (colectivas). Para el caso de las personas físicas, por lo general en los tratados de inversión, se toma en cuenta la nacionalidad de la persona, si esta es nacional de un Estado que forma parte integrante del acuerdo, sin embargo, en algunos casos se toma en cuenta la residencia permanente que crea el vínculo inversor con país que recibe la inversión.

El concepto de inversor al que también se adscriben diversos investigadores, puede estar referido a personas particulares como también a sociedades. En el AGCS coincidente con los conceptos que manejan los Acuerdos de Inversión Internacional (AII), el inversor es un proveedor de servicios y puede incluir a personas individuales (personas físicas) como sociedades (personas jurídicas) extranjeras.¹²⁰⁸ Lo que interesa para los efectos a quién protege la inversión, es decir, para el Estado que recibe la inversión que la protege y acoge, es indiferente y no adquiere relevancia el hecho de que sea una persona natural o una persona jurídica, dependiendo en todo caso del acuerdo a que se llegue, pero sin embargo, los tratados se perfeccionan por lo general con personas jurídicas. Hubo sin embargo algunas opiniones en sentido de lo que se protegía era la inversión y no a la persona que hacía la inversión, pero, considero que la discusión al respecto es vana y superflua y no lleva a conclusiones enriquecedoras que signifique un aporte importante para la doctrina sobre inversiones en general.

Finalmente corresponde afirmar que, la inversión se encuentra íntimamente vinculada con el arbitraje. Aquella si bien es considerada desde su forma amplia o en su criterio restringido, será el propio mecanismo del arbitraje el que determine si se violaron los términos y condiciones que se acordaron en los BIT's entre las partes contratantes. Sin embargo, recalcamos que lo importante radica en la parte en que son los tratados los que fijan con amplitud (o con demasiadas excepciones), lo que debe entenderse por inversión.

2.- Expropiación y nacionalización.

La mayoría de las legislaciones del mundo tienen en sus ordenamientos jurídicos la institución de la expropiación. Con más o menos requisitos para su conceptualización, el fundamento de la misma, esta en el ejercicio de la soberanía por parte del Estado de poder privar a los particulares de su propiedad por razones de interés público. Así, en el caso particular de Bolivia el Art. 22 2ª de la Constitución Política del Estado abrogada establecía que “la expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social, calificada conforme a ley y previa indemnización justa”. Este precepto constitucional luego de garantizar la propiedad privada siempre que el uso que se haga no sea perjudicial al interés colectivo, reconoce la expropiación por causa de utilidad pública o cuando no hay cumplimiento por parte de la propiedad de la función social, siempre sujeta a una previa indemnización justa. Al respecto la Constitución en vigencia establece en su Art. 57: “La expropiación se impondrá por causa de necesidad o utilidad pública, calificada conforme con la ley y previa indemnización justa....”.

Como se puede apreciar, este texto no acoge en su totalidad la cláusula Cordell Hull, es decir que la indemnización sea adecuada, efectiva y pronta.¹²⁰⁹ Los BITs acogen la cláusula Hull en su totalidad, con relación a la indemnización, con base a los tres conceptos expresados, adecuada que significa recibir el valor real de la inversión, que deba satisfacerse de manera pronta y sin demora en moneda de libre convertibilidad y ser efectivamente realizable y libremente transferible.

1208 IDEM, Pag. 2

1209 La cláusula o fórmula Cordell Hull en honor del que fuera Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, enunció la fórmula “prompt, adequate, and effective compensation” en el caso de las expropiaciones mexicanas de 1938 bajo el gobierno de Lázaro Cárdenas. Lowenfeld (2002: 397) Cita de Javier El-Hage, Límites de Derecho Internacional para la Asamblea Constituyente, Democracia, Inversiones Extranjeras, Control de Drogas. Ed. Fundapprac, Konrad Adenauer Stiftung, pag. 255, 2006.

En el derecho internacional público existe la normativa por la cual se le da carta de ciudadanía al “principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales”, contenida en la Resolución 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de Diciembre de 1962, cuando reconoce “que todo Estado tiene y ejercerá libremente, total y permanente soberanía, incluyendo la posesión, uso y disposición sobre todos sus bienes, recursos naturales y actividades económicas”. Este principio que es muy bien guardado por los países receptores de la inversión, sirvió para que en el pasado, llegarán a desplazar a la iniciativa privada o empresas de potencias extranjeras que tenían inversiones en el exterior, y que conformen bloques solidarios de países con intereses comunes de protección particularmente países productores de materias primas sobre recursos naturales no renovables, tal el caso de la OPEP, o que también sirvieran de oferta política dentro de un esquema nacionalista o de izquierda, tanto para la administración propia de los recursos naturales, o para su recuperación utilizando el mecanismo de la expropiación o de la nacionalización.

Por otra parte en los BITS firmados por Bolivia y en la práctica se establecen la exclusión de las expropiaciones de manera expresa, así tenemos en el convenio suscrito con la Argentina en cuyo Art. 4º se dispone que ninguna de las partes contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación, ninguna otra medida que tenga el mismo efecto.¹²¹⁰ En similar sentido se establece el BITS con el Perú en su Art. 5º¹²¹¹, con la diferencia pequeña de ser más explícita con relación a la de la República Argentina. Sin embargo, es importante destacar que el Acuerdo sobre Promoción y Recíproca Protección de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos en su Art. 6º, solamente se refiere a que ninguna parte contratante directa o indirectamente podrá tomar medidas privando a la otra parte de sus inversiones siempre que sean tomadas en interés público con

1210 ARTÍCULO IV: Expropiaciones y Compensaciones

(1) Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de interés nacional y/o de utilidad pública, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. La legalidad de la expropiación será revisable en procedimiento judicial ordinario.

Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva. El monto de dicha compensación corresponderá al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de la expropiación o antes de que la expropiación inminente se hiciera pública, comprenderá intereses desde la fecha de la expropiación a una tasa comercial normal, será pagada sin demora y será efectivamente realizable y libremente transferible.

(2) Los inversores de una Parte Contratante, que sufrieran pérdidas en sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante debido a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o motín, recibirán, en lo que se refiere a restitución, indemnización, compensación u otro resarcimiento, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado. Los pagos serán libremente transferibles.

1211 Art. 5º (1) Las inversiones de los nacionales de una de las partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra parte Contratante. 2) que las inversiones efectuadas de conformidad con este Convenio por los nacionales de una de las partes contratantes no podrán en el territorio de la otra parte contratante ser expropiadas, nacionalizadas, o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por causas de necesidad y utilidad pública o de interés social declaradas conforme a las leyes de la parte contratante donde se realice la medida y en tal caso deberán ser debidamente indemnizadas. (3) La indemnización deberá corresponder al valor de la inversión expropiada o nacionalizada inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la expropiación efectiva o inminente, la nacionalización o medida equivalente. La indemnización deberá abonarse sin demora y devengará intereses hasta la fecha de su pago efectivo, según el tipo usual de interés bancario y deberá ser realizable y libremente transferible al territorio de la otra Parte Contratante o de terceros Estados. (4) La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equivalente al monto de la indemnización así como cualquier otra cuestión relacionada deberán ser revisables en un procedimiento judicial ordinario de acuerdo a las leyes y reglamentación de la Parte contratante donde se realizó la medida.

el debido proceso, que no sean discriminatorias y si se las toma, dichas medidas estén acompañadas con el pago de una justa compensación¹²¹²

Como se puede apreciar independientemente de la conceptualización de los BITS, la cuestión importante radica en que se reconoce la expropiación pero solamente referida en caso de utilidad pública o interés público que no sean discriminatorias, con compensación y sujetos a debido proceso judicial o arbitral. Sin embargo en lo que no existe coincidencia entre los investigadores y escolásticos es en lo referente al concepto de “utilidad pública”. Es muy difícil poner en contexto definitorio la “utilidad pública” y es tal su dificultad que en los ordenamientos jurídicos de los diferentes países, no existe ninguna definición al respecto. Así lo expresa el autor Esteban M. Ymaz Videla, cuando expresa que “no existe coincidencia en el Derecho Internacional para lo que se debe entender por “utilidad pública” ni tampoco existe una definición común en los ordenamientos de los distintos países. Por lo que será el Tribunal Judicial o Arbitral quien tendrá a su cargo determinarlos estos, y sobre todo las Cortes Internacionales tienen un margen de apreciación muy alto del concepto y vinculado con la política del gobierno local de turno; por lo que significa que el criterio puede variar con los cambios de gobierno. En cualquier caso el derecho internacional se considera que el contenido de aquel concepto debe buscarse en el ordenamiento nacional pertinente¹²¹³.

Bajo estos términos, es importante anotar para el análisis y comprensión del tema en estudio y sin que signifique un enfoque final del mismo, existen varias conceptualizaciones y definiciones de lo que es expropiación. Desde una concepción simple, es una privación del derecho de propiedad por parte del Estado hacia los particulares, debiendo valuarse su precio para recibir una indemnización justa y pronta, hasta una concepción doble en la que se asimila a la nacionalización como ocurre en algunos BIT's. Sin embargo desde el punto de vista jurídico, la expropiación tiene muchas y marcadas diferencias con relación a la nacionalización, que tienen puntos de convergencia si los tienen, pero, creo que en la mayoría de las legislaciones se contemplan las expropiaciones, mas no así a la nacionalización. Esta sería más un concepto con un fuerte contenido político, que puede ir o no acompañado de una compensación o indemnización.

Nos ilustra en este tema el profesor Ian Brownlie, para quien hay que distinguir entre una expropiación general (nacionalización o socialización) y una expropiación en menor escala (small scale expropriation) que ha sido distinguida por eminentes juristas. La expropiación para ciertos propósitos de carácter público como ser el ejercicio de políticas de poder y de medidas de defensa en tiempos de guerra es legal aunque no exista pago compensatorio. La expropiación de un determinado bien es ilegal si no está seguida del pago de una efectiva compensación, y una nacionalización, por ejemplo de una gran industria o de los recursos naturales, es también ilegal si no hubiera el pago de sobre la base de los objetivos económicos de la nacionalización y la viabilidad de la economía como un todo.¹²¹⁴

Con el propósito de ilustrar y tener conceptos sobre el tema que nos ocupa, se hace necesario enfocar lo que se debe entender por expropiación, nacionalización y confiscación, de acuerdo con el autor Hermenegildo Altozano¹²¹⁵. Este, hace una diferenciación clara entre los tres conceptos,

1212 a) Las medidas que sean tomadas en interés público y bajo debida observación del procedimiento legal;

b) Las medidas no sean discriminatorias o contrarias a cualquier garantía que la Parte Contratante haya dado;

c) Las medidas estén acompañadas por las previsiones para el pago de justa compensación. Tal compensación representará el valor genuino de las inversiones afectadas y, para ser efectiva para los demandantes, será pagada y hecha transferible, sin demora indebida, al país designado por los demandantes involucrados y en moneda del país del que los demandantes sean nacionales, o en cualquier moneda libremente convertible aceptada por los demandantes.

1213 Esteban M. Ymaz Videla, *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales*, cita de United Nations Centre of Transnational Corporations, “*Bilateral Investment Treaties*” UN. New York, 1988, pag. 54.

1214 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Fifth Edition, Pags. 639-640

1215 Expresa este autor: Expropiación “en términos generales puede decirse que hay expropiación en aquellos casos en que los órganos competentes de un Estado privan a su titular del derecho de propiedad, bien directamente, bien

pasando por la caracterización generalmente aceptada de la expropiación, siguiendo por la nacionalización donde le da un cariz más general enfocada hacia los sectores importantes que hacen a la base fundamental de la economía de un país, como son los recursos naturales, el sistema financiero y otros, hasta concluir con una situación anómala y que dentro del derecho Internacional Público está catalogada como una nacionalización ilícita, por la cual no existe ninguna indemnización o pago.

3. La seguridad jurídica y la expropiación

Mucho se ha expresado sobre la seguridad jurídica que representa un paradigma del derecho como se está presentando en la actualidad. En efecto, desde concepciones que van desde ser una exigencia propia de la condición humana¹²¹⁶ hasta un requisito indubitable para la atracción de inversiones. Decía el filósofo del derecho Luis Recasens Siches, citado por el eminente profesor argentino Atilio Aníbal Alterini, que sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase. Alterini, nos brinda una noción general de lo que puede ser considerada la seguridad jurídica para el tema que nos ocupa en el presente trabajo. Dice: “en términos generales hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que solo se aplican a conductas posteriores y no previas a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo”.¹²¹⁷ Pero al margen de poder encontrar una diversidad de conceptos que nos den cierta profundidad en el tema de la seguridad jurídica (que con toda seguridad puede ser objeto de un tema separado del presente) lo conveniente para nuestro enfoque, radica en determinar en qué medida los países receptores de inversión otorgan aquella seguridad en los derechos a los inversores extranjeros en la realización de sus actividades particulares, es decir, que el ambiente para el inversor extranjero no sea hostil, ni que represente una profundización del riesgo que asumió al momento de realizar la inversión y que estos encuentren dentro de lo razonable, un ambiente propicio para sus inversiones.

Durante la década de los noventa cuando muchos países realizaron cambios profundos en sus estructuras sociales y económicas se implementaron en muchos de ellos, lo que se denominó la nueva política económica basada en la economía de mercado. Así, los inversionistas recibieron condiciones favorables para la inversión habiendo logrado que las disputas que pudieran generarse de las soluciones de acuerdo con medios alternativos como el arbitraje internacional sustrayéndose de la posibilidad de ser juzgados por los tribunales propios del país que recibe la inversión y activando mecanismos imparciales que tenían los países en merito a sendos tratados internacionales, principalmente bilaterales (BIT’S), donde generalmente se insertaba la cláusula de arbitraje ante un organismo, que en la mayoría de los casos se escogió a uno dependiente del Banco Mundial como es el CIADI. Pero la gran interrogante surge cuando nos preguntamos, ¿existe seguridad jurídica para las inversiones? Para algunos seguramente si. Para otros no o, que no existe lo suficientemente adecuado

por medio del traspaso permanente al propio Estado o a un tercero del control o poder de gestión o administración sobre los activos objeto del derecho de propiedad. Cabe distinguir, sin embargo, entre expropiación, nacionalización y confiscación”. Habrá expropiación cuando las autoridades competentes del país que acoge la inversión priven al inversor por un propósito declarado de utilidad pública o de interés social, de la propiedad sobre los activos que se encuentran situados en el Territorio de ese país dentro de esta categoría habrá que incluir a aquellos supuestos en que la privación del derecho de propiedad lo es sobre una parte significativa de las acciones representativas del capital social de que sea titular el inversor extranjero. Habrá nacionalización en aquellos supuestos en que el objeto de las medidas expropiatorias son sectores enteros de actividad (por ejemplo, la Banca, las refinerías de petróleo, las centrales eléctricas) o lo que se denominan (recursos naturales, hidrocarburos, minería, etc.) como parte de un programa de reforma económica o social. Habrá confiscación cuando se produce la privación del derecho de propiedad sin que se satisfaga indemnización alguna. Dentro del concepto de confiscación entran, por lo tanto, aquellos supuestos en que la privación del derecho de propiedad se impone como una sanción, como aquellos otros en los que la expropiación deviene ilegal por carecer de unos de los elementos que deben concurrir para que resulte ajustada a precio, el pago de la indemnización, compensación o “justi precio”

1216 Atilio Aníbal Alterini, *La Inseguridad Jurídica*, Pag. 15

1217 IBDEM, pag. 19.

para una coyuntura como la actual en muchos países en desarrollo y, también para otros de menor desarrollo económico relativo y desde luego en la nueva coyuntura en la que se encuentran varios países latinoamericanos, incluyendo Bolivia que desde hacen aproximadamente 2 años y medio y según algunas fuentes estadísticas no se ha registrado ninguna inversión importante, encontrándose la misma paralizada en espera de mayor claridad en las reglas de juego que se está llevando a cabo en temas sociales, económicos y políticos el Presidente Evo Morales.

Por lo general la seguridad jurídica que buscan los inversionistas extranjeros está en el contenido de los tratados de protección recíproca de inversiones (BITS). De acuerdo con Cremades y Cairins, los países latinoamericanos han contribuido al desarrollo de este nuevo concepto de seguridad jurídica, concretamente, Argentina ha suscrito más de 50 TBI con países como España, Francia, Italia, Reino Unido y Estados Unidos.¹²¹⁸ En el caso de Bolivia, hemos suscrito 22 tratados bilaterales y desde tiempo atrás no está en negociación ni se firmó ni se ratificó tratado bilateral alguno. La totalidad de los tratados bilaterales establecen cláusulas de Resolución de disputas, por medio del sistema CIADI que goza de las características de tener varias ventajas con relación a otras instituciones similares como la Cámara de Comercio Internacional de París, la American Arbitration Association, los reglamentos del UNCITRAL y otras.

La seguridad jurídica al margen de representar una característica atrayente que debe revestir un carácter de conveniencia para el inversionista extranjero, también contribuye a la estabilidad de las instituciones jurídicas de los países que reciben la inversión. A esto se le debe añadir el clima político que debe imperar para que la seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros que, muchas veces se convierte en un factor de alto riesgo por medidas de carácter político que los países tienden a tomar en cumplimiento de agendas políticas u ofrecimientos de campañas electorales que apuntan a cambiar muchas veces las reglas de juego establecidas en momentos de estabilidad, también “denominados clima propicio para la inversión”. En efecto, esta situación se dio en mi país a finales de la década de los 90 y acentuada con el caso de Aguas del Tunari S.A. con el gobierno de Bolivia¹²¹⁹, que fue el primer caso de arbitraje de inversiones que tuvo la República de Bolivia y como es de conocimiento general se llegó a una transacción sin haberse dictado el Laudo correspondiente. Los restantes potenciales casos no pasaron de la notificación que hicieron algunas empresas al Gobierno de Bolivia de iniciar el Arbitraje pero ninguno de ellos se dio por iniciado, con el consiguiente registro del mismo ante la Secretaría del CIADI.

Es importante anotar a estas alturas que la seguridad jurídica en materia de inversiones tiene que diferenciar dos aspectos importantes citados por Cremades y Cairins. Una es la referida a la distinción entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones derivadas de un contrato que son completamente distintos. Afirman que los derechos que normalmente se establece en un tratado bilateral de inversiones son de “naturaleza genérica y están definidas por el derecho internacional” - es decir - el derecho de trato nacional, trato de nación más favorecida, trato no discriminatorio, trato justo y equitativo e indemnización en caso de expropiación. En contraste, los derechos contractuales son por lo general específicos y están definidos por la Ley general del receptor¹²²⁰. Al analizar estos conceptos, considero que la seguridad jurídica en las inversiones está dada por la capacidad que tiene el inversor de poder hacer su reclamo basado en el tratado y no así en el contrato que bien pudo haberse convenido en someter cualquier disputa a la legislación nacional, pero no ocurre lo mismo cuando el reclamo se lo tiene que basar en una violación del contrato. Es más vinculante acceder al reclamo vía violación del tratado que estar sometido a la legislación interna con relación a previsiones contractuales entre las partes.

En definitiva se puede afirmar que la seguridad jurídica viene contextualizada dentro de las condiciones político-jurídico-sociales en las cuales se encuentra inmerso el país receptor de la inversión

1218 IBIDEM , obra cit. pag.66

1219 Caso CIADI, N° ARB/02/3.

1220 Obra citada, pag. 69.

que comprometió la fe del Estado al recibir la inversión y que puede resultar en muchos casos discriminatoria al tomar medidas en contra del inversor extranjero lo que contribuye a que el riesgo país se incremente como así también se dé un incremento en el riesgo político, ninguno de estos dos conceptos riesgo país/riesgo político, son aspectos positivos y alentadores para la seguridad jurídica, sino, más bien por el contrario determinan que el inversionista se aparte y no lleve adelante la inversión en un determinado país.

4. La Expropiación como forma de Desinversión.

La expropiación en términos generales, hemos afirmado que significa un desapoderamiento o la privación del dominio de una persona a favor de otra cuando concurre el argumento jurídico de la necesidad pública, es decir se expropia cuando existen causales y motivos suficientes para considerar a una determinada propiedad como de interés público. Es este concepto el que llama la atención puesto que para el Estado expropiante el argumento de que se expropia por razones muy altruistas o que redundarán en la generalidad de las personas o un conjunto importante del que hacer nacional, sin duda son argumentos que son utilizados a menudo. Pero ocurrida la expropiación que ocurre con la inversión realizada, desde luego una primera aproximación nos lleva a afirmar que el inversor, se ve privado de la obtención de ventajas que pudiese haber tenido de haberse mantenido la inversión sin expropiación, lo cual desde luego se equipara a una desinversión.

Por otra parte, antes de que los inversionistas de capital de riesgo inviertan, estos planifican una salida que les permita poder reinvertir las utilidades obtenidas en empresas que están en fase de inicio por una parte; o alternativamente evaluar la calidad de sus inversiones y, si es necesario, reasignar los fondos a otras inversiones. La desinversión ocurre ante la incertidumbre sobre cuál método de salida será el óptimo. Y si en algún caso se trata de una salida forzosa surge la figura de la expropiación, como ya tenemos explicado precedentemente.

Desde el punto de vista económico, la expropiación se entiende como la apropiación de bienes con o sin indemnización, llevada a cabo independientemente del consentimiento del propietario bien sea a personas privadas o al Estado.¹²²¹

Por otra parte una desinversión, desde el punto de vista patrimonial, es en general una reducción de los activos de un Individuo, Empresa o Estado que se tenían materializados en bienes tangibles o intangibles. Desde el punto de vista macroeconómico que nos interesa, una desinversión merece especial atención, ya que significa una reducción del capital bruto de un país en términos de disminución de inversión extranjera directa o inversión pública; esta definición, desde el punto de vista del producto interno por tipo de gasto, se refleja en la siguiente ecuación:

$$PIB = Consumo\ privado + Inversión + Gasto\ publico + Exportaciones - Importaciones$$

Si el total de la inversión se puede expresar de la siguiente manera:

$$Inversión = Inversión\ extranjera\ directa\ (IED) + Inversión\ publica\ (IP)$$

Entonces se puede observar que el efecto de una desinversión visto desde ambos frentes (el

estatal y el privado) es casi neutro¹²²², ya que la IED mediante un proceso de expropiación por parte del Estado se convierte en IP, y caso contrario, mediante un proceso de privatización la IP se convierte en IED.

En Bolivia, podemos decir que se dieron ambos casos y para citar un ejemplo, la Empresa Boliviana de Refinación EBR, fue constituida en 1999 por Petrobras de Brasil y Pérez Companc de Argentina luego de haber adquirido las refinerías Gualberto Villarroel del departamento de Cocha-

1221 Diccionario de Economía Política, Borisov, Zhamin y Makarova.

1222 Si existe una prima de capitalización o una sobre indemnización, éstas generalmente se reflejan como un costo de oportunidad (ingreso o costo dependiendo de la óptica con la que se mire) de expectativa de percepción de beneficios futuros, pero no valoran la integridad de los bienes a ser desinvertidos.

bamba y Guillermo Elder de Santa Cruz por un valor de 102 millones de dólares. Posteriormente en mayo de 2007, el actual Gobierno logró recuperar para el Estado las citadas refinerías, pagando a la empresa Petrobras la suma de 112 millones de dólares por ambas plantas. Este caso significó una desinversión estatal y una desinversión privada referidas a una misma inversión pero llevadas a cabo en distintos instantes de tiempo. No hubo expropiación directa, pero como oferta política y agenda política del Gobierno se encontraba la recuperación de todo lo que fue sometido a proceso de capitalización durante el Gobierno de Sánchez de Lozada, se puede decir que la propuesta del Gobierno de Bolivia, de recomprar las refinerías a Petrobrás puede ser considerado como caso de expropiación indirecta más aun que si se toma en cuenta con el decreto de Nacionalización de 1º de Mayo de 2006, hubo gran despliegue mediático e intervención de las Fuerzas Armadas de la Nación.

Por otra parte, la desinversión tiene un efecto económico asociado, este, y en particular para el caso petrolero, es que en primera instancia se tiene un cambio que desplaza la Demanda Agregada de su curva original, mediante la puesta en vigencia de las siguientes políticas económicas: el Estado luego de que “nacionaliza” las inversiones extranjeras, crea nuevos impuestos mediante una política fiscal expansiva. La creación de estos impuestos hace que la oferta monetaria sea mayor, y esto a su vez hace que se genere mayor demanda de moneda local que se traducirá en la reducción del tipo de cambio en relación a monedas de circulación mundial y hará que se creen expectativas futuras en el ingreso de las personas, ampliando de esta manera la brecha de inflación.

Tal como se puede apreciar, el efecto de una desinversión mas allá de ser únicamente un

tema de análisis legal es un tema que tiene un alto grado de influencia en la economía de los países, ya que una desinversión se justificará únicamente cuando exista un potencial buen manejo de lo que se está desinvirtiendo y que genere un beneficio a todos los actores económicos involucrados en estos procesos. Hay que tomar en cuenta sin embargo, que el Estado no siempre es buen administrador, sino por el contrario tiende a burocratizarse y a hacer ineficiente el manejo de la cosa pública.

5. Denuncia de la Convención de Washington (CIADI) Situación actual.

La situación política a partir de la presidencia del Sr. Evo Morales, ha consistido en dar prioridad a una agenda política y social con un desplazamiento del tema económico y por lo tanto una reducción considerable de inversión extranjera directa principalmente en los campos de los sectores de los hidrocarburos y la minería. Los proyectos importantes que actualmente se vienen desarrollando tuvieron su inicio antes de la asunción del presidente Morales y el único proyecto importante en su gobierno en temas de minería es de la explotación de los yacimientos del Mutún, que aun pasa por algunas dificultades de orden técnico.

En el sector de los hidrocarburos con la promulgación de la Ley No. 3058 y el D.S. de Nacionalización N° 27701 en actual vigencia, contienen sin lugar a dudas disposiciones que pueden considerarse como violatorias de Tratados Recíprocos de Inversión (BIT's). En efecto, la Ley 3058 cambió las reglas de juego en diferentes aspectos con relación a los términos iniciales de las inversiones realizadas en Bolivia. Así tenemos que abrogó la forma contractual de “contrato tipo” para llevar adelante las actividades hidrocarburíferas que fue el contrato de riesgo compartido. Este, fue reemplazado por tres modalidades contractuales que son (i) contratos de operación, (ii) contrato de producción compartida y (iii) contrato de asociación. Se obligó a cambiar todos los contratos de riesgo compartido a alguna de las modalidades contractuales enunciadas precedentemente; se creó un nuevo impuesto del 32% denominado Impuesto Directo a los Hidrocarburos (IDH), se dispuso el incremento de los costos de patentes; se impusieron nuevos controles regulatorios “burdens” y cargas regulatorias, como así mismo la pérdida de la propiedad de los hidrocarburos en “boca de pozo”.

Todas estas medidas podrían ser consideradas como “expropiación indirecta” ya que de manera conjunta privan al inversionista extranjero de ganancias y de condiciones contractuales que fueron libremente convenidas en el momento inicial de realizar la inversión, y que posteriormente fueron

cambiadas e impuestas de forma unilateral por el Gobierno. No obstante de lo anterior, las empresas contratistas no presentaron demandas de Arbitraje ni utilizaron el sistema CIADI, más por el contrario, resultó una buena oportunidad para volver a los contratos de operación y que estos merezcan la ratificación por el Congreso de la Nación conforme establece el Art. 158 num. 12) de la Constitución Política del Estado en vigencia (Art. 59 inc 5 de la Constitución abrogada), es decir que los contratos que fueron inicialmente suscritos a la luz de la Ley 1689, no tenían la aprobación congresal (para algunos entendidos en la materia, dicha autorización congresal no era necesaria por la conformación y estructura de la legislación de hidrocarburos en Bolivia). No obstante de lo anterior, algunos de los contratos de riesgo compartido- no todos - fueron demandados de nulidad ante los Tribunales Ordinarios por organizaciones particulares, pero que no tuvieron éxito. Por parte de las empresas contratistas, solo algunas de ellas llegaron a anunciar al gobierno de Bolivia la iniciación de procesos arbitrales utilizando el sistema CIADI, pero nunca se formalizaron las demandas.

En la actualidad el gobierno del presidente Evo Morales, dentro de su programa de gobierno, ha iniciado y viene llevando a cabo la recuperación de todas las empresas que fueron objeto del proceso de capitalización durante el gobierno de Sánchez de Lozada. De las cinco empresas que fueron capitalizadas, quedan las del sector eléctrico y los ferrocarriles para que nuevamente pasen al Estado; las demás, como es de dominio público, se hizo cargo a través de lo que el gobierno viene en denominar “nacionalizar” con la adquisición de las acciones conforme a lo dispuesto en el Párrafo II del art. 7 del Decreto Supremo 28701, de Nacionalización de Hidrocarburos.

De acuerdo con lo anterior el gobierno procedió a tomar el control de las empresas capitalizadas por medio de la “adquisición” de un porcentaje necesario para lograr el control de parte del Estado en todas las empresas que fueron objeto de capitalización. Como se puede apreciar a través del mecanismo de la adquisición de acciones, la pretensión del gobierno es que mediante la adquisición del capital accionario suficiente pueda controlar y manejar el gobierno corporativo de las empresas capitalizadas. Dentro de esta perspectiva, sin duda estaremos en una situación de violación de los diferentes tratados bilaterales frente a lo cual los inversionistas extranjeros perjudicados podrán ejercitar los mecanismos previstos los BITS. En la actualidad, según tengo conocimiento, la sociedad controladora de ENTEL SA, E.T.I. Euro Telecom International N.V. tenía planteada una demanda arbitral.¹²²³, que luego fue trasladada por acuerdo de partes de la jurisdicción del CIADI al Foro del UNCITRAL.

Con relación a la denuncia de la Convención de Washington de 1965 por parte de la República de Bolivia, que realizó el Gobierno de Bolivia mediante carta enviada al Banco Mundial el 2 de Mayo de 2007 y que anuncia su retiro del Consejo Internacional de Arbitraje Internacional CIADI, el transcurso de tiempo hasta la fecha, de acuerdo con el Art. 71, determina que Bolivia no forme parte del sistema CIADI a partir de Noviembre de 2007. Esto ha motivado muchos comentarios de eminentes juristas y especialistas en arbitraje internacional, pues llamó mucho la atención la denuncia de Bolivia, ya que es el primer país en abandonar la Convención de Washington y no existen precedentes sobre los efectos que con carácter definitivo pueden darse.

En principio afirmamos que la consecuencia jurídica de la denuncia de un Tratado radica como todo pacto internacional, en los efectos que este produce. Así, de acuerdo con los autores Antonio Remiro Brotons, Rosa M. Riquelme Cortado, Esperanza Orihuela Calatayud, Javier Diez Hochleitner y Luis Pérez-Prat Durbán, “hay que analizar desde un triple punto de vista (i) objetivo ii) subjetivo y (iii) temporal, desde el punto de vista objetivo material, el efecto se produce con respecto a la totalidad del tratado, es decir que el mismo ya no tiene vigencia al momento entre las partes. Con relación al punto subjetivo la terminación se impone por lógica en los tratados bilaterales, en tanto

1223 E.T.I. Euro Telecom International N.V. v. Republic of **Bolivia** (ICSID Case No. ARB/07/28) Subject Matter Telecommunications enterprise Date Registered October 31, 2007 Status of Proceeding **Pending** (Tribunal not yet constituted) **Pending**

que en los multilaterales choca con normas imperativas sobrevivientes y, en el orden temporal la terminación respeta derechos y obligaciones creadas con la obligación del tratado”.¹²²⁴

Si analizamos de acuerdo con estos autores, tendríamos entonces que desde el punto de vista objetivo, Bolivia, no podría ser citada en el futuro en proceso arbitral ante el sistema del CIADI por los efectos mismos del compromiso y de la fe del Estado puesto en el momento de suscribir el Tratado como así también en su voluntad soberana de realizar la denuncia del mismo.

La salida de Bolivia sistema del CIADI en mi opinión, obedece a criterios de coyuntura política, por la oferta electoral y agenda política que hizo el actual gobierno y que no son compatibles con los mecanismos que se establecieron por organismos internacionales para proteger “recíprocamente” las inversiones y ante la inminencia de que los inversionistas extranjeros acudan de manera masiva a los medios que provén los BIT’s por los cambios y modificaciones que el gobierno podría implementar. Esto no ha impedido sin embargo, que el estado Boliviano pudiera ocurrir ante otros entidades administradoras de arbitraje para dirimir las controversias, tal el caso reciente en mi país entre YPFB con Petroandina (PDVSA) con relación a la conformación de una Sociedad Anónima Mixta para explotación/explotación de aéreas reservadas de YPFB, en el que se estableció como jurisdicción para la resolución de disputas la Cámara Internacional Comercio (ICC).

Pero el tema controversial surge en varios sentidos que merecen ser analizados los efectos jurídicos que produjo la denuncia de la Convención por parte de Bolivia.

Una primera aproximación sería de la siguiente manera: ¿si a consecuencia de la denuncia de la Convención de Washington por parte de Bolivia, implicaría además la denuncia de un Tratado Bilateral? Una segunda aproximación sería: ¿si adicionalmente significaría la permanencia en sus efectos de conformidad con el art. 72 de la Convención de Washington?

Con relación a la primera aproximación, considero que hay que tomar en cuenta que son en los BIT’s donde se establecen de forma predeterminada la jurisdicción para los casos de resolución de controversias, y es en estos donde la partes convienen que sea el sistema del CIADI el foro para dilucidar la controversia. Es ante esta jurisdicción a la que se sometieron las partes cuando se firmaron los BIT’s y antes de que ocurra la denuncia de la Convención; es decir, son los mecanismos del CIADI los competentes para el conocimiento de las causas que son sometidas a arbitraje. Al producirse la denuncia un tratado como el de las características de la Convención de Washington - que es de carácter multilateral - rige la normativa de la Convención de Viena en materia de tratados internacionales. Lo que ocurre en esta situación, es que no se está denunciando un Tratado Bilateral que tiene otra connotación y efectos diferentes, correspondiendo por tanto la aplicación y cumplimiento del principio de la buena fe, y la aplicación del principio “pacta sunt servanda”; Por lo tanto, la desvinculación es principalmente dentro del carácter jurisdiccional del Convenio multilateral, manteniéndose inalterable lo acordado entre las partes en un Tratado Bilateral. No existe denuncia de un Tratado Bilateral, por lo que en ciertos y determinados casos, considero que el foro aplicable ya no sería el del sistema CIADI .

La segunda aproximación a la luz del art. 72 de la Convención podría tener dos enfoques. Inicialmente dicho artículo se señala que:

“Las notificaciones de un Estado contratante hechas al amparo de los Arts. 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas y organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario “.

1224 Derecho Internacional, McGraw-Hill, Pag. 287-288, Madrid, 1997.

El otorgamiento de la jurisdicción del Centro tiene su punto inicial para asumir competencia en el momento en que un Estado se hace miembro de la Convención y por tanto, cualquier denuncia posterior, no puede afectar a los derechos y obligaciones anteriores a la denuncia. Con esta interpretación, tendríamos que los Estados que hicieron la denuncia, todavía aun siguen reatados a lo que se obligaron con anterioridad a la denuncia del Convenios.

El segundo enfoque radicaría en que siendo efectiva la denuncia de la Convención con el transcurso de los 6 meses a que se refiere el art. 71 de la Convención, cesan los derechos y obligaciones contraídas en la misma, pero pueden ser objeto de sometimiento a la jurisdicción del CIADI por la vía del BIT, siempre y cuando este contenga la “cláusula de remanencia”, por cual se extienden los efectos de los tratados por un periodo adicional de acuerdo a lo convenido en el Tratado, pero esta situación solo sería aplicable en los casos en los cuales los Tratados bilaterales no hayan sido previamente extendidos entre las partes, o no se haya producido la tácita reconducción.

Para aclarar el tema - que como se puede apreciar - es de por si complicado no solo por las diferentes apreciaciones y opiniones de distinguidos investigadores y escolásticos, sino por la circunstancia de que no hay precedente similar alguno en toda la historia de CIADI, me referiré a algunas opiniones de distinguidos autores y especialistas en el tema.

El especialista Dr. Fernando Mantilla-Serrano, señala “que los efectos de la denuncia están limitados por la Convención misma y por los compromisos del Estado. La propia Convención contiene disposiciones que protegen los derechos y obligaciones derivados de la misma cuando antes de la denuncia, de acuerdo con el Art. 72, el Estado ha manifestado su consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI. De acuerdo con el sentido literal de este artículo, la denuncia de la Convención no puede afectar los derechos y obligaciones derivados del “consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por el Estado que se retira” antes de que este denuncie la Convención.”

Quiere decir esto que un Estado pese a la renuncia, puede quedar obligado a someter las controversias en el sistema CIADI, siempre que el consentimiento haya sido dado antes de la denuncia con relación a inversiones realizadas también antes de la denuncia. Continúa manifestando Mantilla Serrano que “En ninguna parte de dicho artículo exige que alguien más –en este caso el inversionista– reconozca, acepte, o actúe en función de dicho consentimiento con el fin de que tenga pleno efecto la “cláusula de supervivencia” consagrada en el art. 72.”¹²²⁵

Esto viene a significar que no se requiere de ningún otro acto para que se abra la jurisdicción del CIADI; el consentimiento pudo ya haberse dado con anterioridad y no debe interpretarse como consentimiento mutuo por parte del Estado y del inversionista.¹²²⁶

Por otra parte, para el profesor Christoph Schreuer citado por Mantilla-Serrano¹²²⁷, sostiene

que partiendo del art. 25 de la Convención, consideran que el consentimiento debe ser mutuo, o sea que si el consentimiento del Estado de someterse a la jurisdicción del Centro - manifestado a través de un BIT o de una ley nacional de protección de inversión, no ha sido aceptado por el inversionista, la mera expresión de consentimiento por parte del Estado no lo vincula. Esta posición ha sido tomada de la teoría general de los contratos en las nociones de oferta y aceptación. Esta posición parece que no ha tenido mucha aceptación debido a que se aparta del texto del art. 72, en cual no hace referencia de que consentimiento sea muto y por lo tanto tenga cabida la doctrina contractual de la oferta y la aceptación.

Para el Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, de conformidad con el art. 25 del CIADI, para que proceda el arbitraje, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones: (i) que exista consenti-

1225 Fernando Mantilla –Serrano, Revista Peruana de Arbitraje No. 6/2008, “La denuncia de la convención de Washington, ¿impide el Recurso al CIADI?. Pag.209

1226 Ibidem, pag. 210

1227 Ibidem, pag. 214

miento por escrito de someter el conflicto al arbitraje del CIADI, (ii) que la disputa sea entre un Estado miembro y el nacional de otro Estado miembro, y (iii) que se trate de una disputa de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión.

Nos interesa el primer supuesto ya que el consentimiento se lo manifiesta mediante la celebración de un convenio arbitral entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista antes o después de que nazca el conflicto, para este efecto hay que analizar cuando existe el consentimiento, si es a partir de un convenio arbitral, o partir de la legislación nacional sobre inversiones, y finalmente a partir de un Tratado.

Si es a partir de un convenio arbitral, como manifesté el consentimiento nace con la celebración de un convenio arbitral, que puede estar en el contrato de inversión que se celebra, en un documento independiente o en un intercambio de comunicaciones.

Si es a partir de la legislación nacional sobre inversiones, el estado receptor de la inversión puede ofrecer en su legislación local sobre inversiones el sometimiento de disputas que surjan de cierta clase de inversiones al Centro, y que el inversionista puede dar su consentimiento aceptando tal oferta por escrito. Esta el ofrecimiento unilateral que pueden encontrarse en la leyes de inversiones de los países. Pero, para que el CIADI pueda aceptar que sea el foro de resolución de disputas, pedirá el consentimiento por escrito, para lo cual el inversionista deberá aceptar la oferta, y en este caso, según Cantuarias al ser una oferta unilateral el Estado receptor de la inversión puede modificar en cualquier momento su legislación y retirar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, pero si el inversionista aceptó la oferta antes del cambio legislativo, el Estado está obligado a arbitrar la controversia.¹²²⁸

Si es a partir de un tratado, generalmente en los BIT's depende de lo que se convenga en estos. Puede ser que haya una aceptación anticipada como en el caso de un ley de inversiones o cuando en el propio Tratado se someten voluntariamente las partes a la jurisdicción del CIADI o a un tribunal arbitral ad hoc antes o después de surgido el conflicto.¹²²⁹

Concuerdo con el enfoque que dan diversos investigadores y escolásticos en sentido de que existe incertidumbre acerca de la denuncia hecha por Bolivia a la Convención de Washington. Me aferro a lo dispuesto por el art. 72 de dicha Convención en sentido de que la denuncia de Bolivia no afecta a sus derechos y obligaciones asumidas dentro del CIADI emergentes del consentimiento de la jurisdicción y competencia otorgado por Bolivia con anterioridad a la notificación de renuncia hecha el 2 de Mayo de 2007. En la actualidad, son tres países que han denunciado a la Convención del CIADI y continúa la incertidumbre en cuanto a la jurisdicción al amparo del Art. 72 de la Convención de Washington, es decir que a la fecha, no existe precedente jurisprudencial válido para los casos sometidos a resolución dentro del mecanismo del CIADI.

Finalmente, las empresas Pan American Energy controladora conjuntamente con la British Petroleum de la Empresa Petrolera Chaco S.A. -que fue nacionalizada el 1º de Mayo de 2009-, han presentado en el mes de Abril del año en curso, una demanda arbitral ante la jurisdicción del CIADI, y nuevamente no sabemos cual será el resultado si la jurisdicción del CIADI es aplicable o no, no obstante de la denuncia de Bolivia a la Convención de Washington.

Dr. Ramiro Moreno-Baldivieso

1228 Fernando Cantuarias Salaverry, Arbitraje comercial y de la Inversiones, pag.594-597-601

1229 Ibidem, pag. 606

“EL ARBITRAJE EN PUERTO RICO”

Dr. Pedro F. Silva-Ruiz

Académico Correspondiente
de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina

EL ARBITRAJE EN PUERTO RICO^{1230*}

Pedro F. Silva-Ruiz^{1231**}

Sumario

I. Introducción. II. El arbitraje en la historia. III. El Código Civil de Puerto Rico, (CCPR). IV. La Ley de Arbitraje Comercial. V. Ley Federal de Arbitraje. VI. Convención de las Naciones Unidas para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (Nueva York, 10 de junio de 1958). VII. Convención para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros de 10 de junio de 1958. VIII. Convención interamericana para el arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975. IX. La Asociación Americana de Arbitraje (AAA). El arbitraje internacional X. El arbitraje obrero patronal. XI. El arbitraje: método alterno para la solución de conflictos/resolución de disputas en el “Reglamento de métodos alternos para la solución de conflictos”, del Tribunal Supremo de Puerto Rico. XII. Conclusiones.

I. Introducción

1. Es indispensable comenzar señalando que, en su debido momento, se harán ciertas precisiones conceptuales y terminológicas para alcanzar la máxima claridad expositiva.¹²³² La literatura jurídica,

1230 * Disertación preparada y presentada en el IV Congreso Iberoamericano de Derecho Civil y II Congreso Internacional de Derecho Civil, celebrado en Bariloche, Argentina, 19-21 de octubre de 2006, auspiciado por varias instituciones nacionales argentinas y extranjeras. Revisada para publicación. ©PFSR, 2007.

1231 ** Abogado, Puerto Rico. Arbitro certificado. Catedrático de Derecho Civil (Comparado y Notarial) jubilado de la Universidad de Puerto Rico. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina. Académico extranjero de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavia, Italia. Académico numerario de la International Academy of Commercial and Consumer Law.

1232 Debemos recordar que, en ocasiones, parecerían advertirse discrepancias serias, que no pasan de un desencuentro terminológico, raíz, muchas veces, de tantos problemas en las ciencias sociales, la jurídica comprendida. Habrá que

y aún en leyes y reglamentos, se utilizan los siguientes términos: conciliación, mediación, negociación, evaluación neutral del caso y arbitraje; mediación– arbitraje, arbitraje–mediación, facilitación (como metodología con antelación a la negociación o mediación), peritos, entre otros.¹²³³

2. Este escrito se ha dividido en dos partes. La primera consiste en una panorámica general del arbitraje en Puerto Rico. La segunda parte, que inevitablemente queda enriquecida por la primera, aunque conserva su propio objetivo, es el estudio del arbitraje como medio alternativo para la solución de conflictos/disputas/controversias, en el contexto particular del ámbito judicial (aunque personas particulares pueden contratar para acogerse al “Reglamento”--parte XI-- que rige aquél).

Huelga significar que el tema no se agota. Cada una de las dos partes puede estudiarse por sí sola y cada sub-tema por separado.

3. Conforme anunciado, estudiamos el arbitraje. Es relevante, pues, destacar las características generales que nos ayudan a dibujarlo y distinguirlo de otras figuras afines. Así: (i) es un procedimiento contractual (ya implica que es voluntario), entre partes privadas, de carácter extrajudicial, con el (ii) propósito o finalidad de solucionar las disputas en controversia (acuerdo de sumisión) entre ellas (así se intenta lograr el anhelado interés público por la paz); (iii) al que no le aplica la doctrina del precedente, por lo que el árbitro no tiene que seguir lo que se haya resuelto previamente; (iv) y donde el árbitro tiene inmunidad civil absoluta en casos que involucren el comercio interestatal; pero, si son casos estatales (Puerto Rico)¹²³⁴, el árbitro está sujeto a una responsabilidad (civil extracontractual) cualificada¹²³⁵; (v) actuación independiente (decide el árbitro sin que puede delegar en persona otra alguna); (vi) no se requiere que el árbitro tenga entrenamiento jurídico formal (grado universitario), pero es altamente conveniente algún entendimiento y comprensión del derecho positivo; (vii) de actuación rápida (vs. la lentitud del proceso judicial); (viii) el costo (honorarios, sueldo)

conjugar las diferentes posiciones, en la medida de lo posible, para que conduzcan a un debido y claro entendimiento. Recuerdo, por ejemplo, que hace ya sobre más de una década, participaba con un grupo de psicólogos en la preparación de una presentación. El desencuentro terminológico giró en torno a la institución del “concubinato”. Para el jurista puertorriqueño, el concubinato existe si el hombre y la mujer pueden contraer matrimonio porque ambos son solteros (no tienen impedimento de vínculo), entre otros requisitos. Para los científicos sociales mencionados no era importante la soltería de las personas ya que, a su juicio, uno de ellos podía estar casado. Aclaradas y comprendidas las posiciones, superado el obstáculo, pudo lograrse felizmente, y con mucho provecho, hacer la presentación ante un grupo de juristas, principalmente, con los correspondientes señalamientos.

En el campo notarial, ante la utilización de los términos propios de la tecnología aplicada a este campo, en la XII Jornada Notarial Iberoamericana (Uruguay, 7-10 de noviembre de 2006), la octava conclusión del tema II reza: “8. Recomendar como utilización terminológica uniforme la definida por la Ley Marco UNCITRAL en lo relativo al glosario de términos aplicables en la materia”.

En el campo de los medios alternos para la solución de conflictos/disputas, los conceptos, “mediación” y “conciliación” se utilizan indistintamente, aunque pudieran tener significados diferentes en distintos contextos.

1233 Véase, entre otros: (1) Daniel Nina, *Mediación (teoría y práctica)*, Ediciones SITUM, San Juan, Puerto Rico, primera edición, 2006, 402 págs., en particular las págs. 22-3; (2) Luis Muñoz Argüelles, *La negociación y la mediación (su uso como métodos alternos de resolución de disputas judiciales)*, Ediciones SITUM, San Juan, Puerto Rico, 2006, 527 págs., en particular la primera parte (págs 1-185); (3) I. Vázquez Pérez, *Los métodos alternos para la solución de conflictos*, en la Revista “UAD” (Unidad Antidiscrimen), Departamento del Trabajo y Recursos Humanos, San Juan, P. R., año 6, núm. 10, agosto 2004, p. 42 ss.

1234 Al lector extranjero se le dificulta entender el vocablo “estado” aplicado a Puerto Rico porque lo interpreta como indicativo de que la isla es un “estado” (federado) de la unión norteamericana.

En el campo jurídico, Puerto Rico es, en muchas instancias, tratado como si fuera un estado federado (sin serlo), particularmente para la aplicabilidad de la constitución y la legislación federal (así, aplican en Puerto Rico las disposiciones constitucionales federales sobre “derecho a la intimidad, al debido proceso de ley, a la doble exposición” y otras, además de la legislación federal sobre aire puro, agua pura y otras).

Los puertorriqueños (no es “porto-riqueños”) nos referimos a nosotros mismos como isla, “estado”, nación, según el contexto particular.

1235 *Feliciano v. Matos*, 110 DPR 550 (1981). El caso trata de jueces. Entendemos que ha de extenderse a los árbitros, ya que tienen funciones adjudicativas.

del árbitro lo absorbe el estado (más si es sometido a una asociación privada de arbitraje, lo pagan las partes contratantes) y (ix) con actuación más libre frente a las reglas de prueba y de descubrimiento de evidencia (deposiciones, interrogatorios, etc.).¹²³⁶

II. El arbitraje en la historia (brevísimos apuntes)¹²³⁷

1. Algunos datos enmarcan al arbitraje en la historia de los pueblos. Se dice que el arbitraje [institución, proceso], que antecedió al derecho romano, fue desarrollado y fortalecido por éste, en el cual tenía mayor discreción que un juez. Emitía decisiones. Además, era una institución que operaba con independencia del compromiso. El derecho canónico no apoyó al arbitraje; le privaba de funciones adjudicativas. Más tarde, en la Edad Media se volvió a la visión romana del arbitraje. “Ello se concretó en las Siete Partidas, donde se trata la cuestión del contrato de compromiso permitiendo el surgimiento de los árbitros de derecho y [los] amigables componedores. Así las cosas, los árbitros tenían que remitirse en sus funciones al derecho y el amigable componedor descansaba en la equidad.”¹²³⁸

2. Los ejemplos bíblicos son varios. Entre otros: (1) el narrado en **Génesis** 31: 43-53, entre Jacob y Labán, (2) la **Epístola** de Pablo a los Corintios (Primera de Corintios 6: 1-7) y (3) el bien conocido juicio del Rey Salomón (I Reyes 3: 16-28), arbitrando en una disputa, que reproducimos:

Y dijo el rey: Traedme un cuchillo. Y trajeron al rey un cuchillo.

En seguida el rey dijo: Partid por medio al niño vivo, y dad la mitad a la una y la otra mitad a la otra.

Entonces la mujer cuyo era el hijo vivo, habló al rey (porque sus entrañas se le conmovieron por su hijo) y dijo: ¡Ah, señor mío! dad a ésta el niño vivo, y no lo matéis. Más la otra dijo: Ni a mi ni a ti; partidlo.

Entonces el rey respondió, y dijo: Dad a aquélla el hijo vivo, y no lo matéis: ella es su madre.

Y todo Israel oyó aquel juicio que había dado el rey: y temieron al rey, porque vieron que había en él sabiduría de Dios para juzgar.¹²³⁹

3. Hasta en la mitología griega se acude al arbitraje “cuando Venus, Juno y Palas Atenea acuerdan dejar en manos de Paris la determinación de quien es la más bella.”¹²⁴⁰

4. El mundo internacional no se escapó al arbitraje. Entre otros, “lo que comentó en su crónica Jenofonte referente a la controversia, adjudicada por un príncipe de la India, surgida entre Ciro y el rey de Asiria.”¹²⁴¹

5. En un principio, el derecho norteamericano repudió el arbitraje ya que los jueces temieron por la jurisdicción que ejercían.¹²⁴² Esa actitud ha cambiado, como lo demuestra la aprobación de la

1236 Reiteramos que son características generales. Como todo lo general y abarcador, hay excepciones particulares.

Debe mencionarse que el Dr. David Helfeld ofreció un seminario de arbitraje para jueces. Los materiales, fotocopiados, se encuentran recopilados en tres tomos, que comprenden los siguientes temas: (I) jurisprudencia, (II) lecturas y (III) estatutos, tratados, reglamentos y documentos. Véase, David Helfeld, Seminario de arbitraje para jueces, 31 de enero de 1997.

1237 Estamos siguiendo la exposición que hace D. Fernández Quiñones, El arbitraje obrero-patronal, Forum, primera edición 2000, capítulo 1 (“Origen, definición y naturaleza de la institución del arbitraje”), págs. 3-17.

1238 Ibid, p. 6 (citas omitidas) (también se omiten citas de la información anterior, reconociendo que es obtenida de la fuente ya indicada).

1239 Ibid, págs. 3-4.

1240 Ibid, p. 5.

1241 Ibid (cita omitida).

1242 Ibid, pág.7. El rechazo al arbitraje en el campo laboral es manifiesto en la opinión disidente del Juez Asociado Whittaker en *United Steelworkers v. Warrior y Gulf*, 363 US 574, 588 (1960).

“United States Arbitration Act”, conocida como la “Federal Arbitration Act”, aprobada en 1925 por el Congreso de los Estados Unidos de América.¹²⁴³

6. El autor citado define el arbitraje como “la alternativa existente más formal a la adjudicación y litigio judicial. En este proceso, las partes en disputa someten y presentan su caso ante un tercero neutral que está investido con la facultad de rendir una decisión.”¹²⁴⁴ Así, los elementos que distinguen al arbitraje, son: “Primero, las partes en el ejercicio de su autonomía, escogen a un tercero [voluntariedad][contrato] para que les resuelva la contienda o el conflicto que tienen entre sí; Segundo, el dictamen [laudo] que el árbitro emita será respetado por las partes; Tercero, las partes precisarán el pleito que someten [acuerdo de sumisión] al árbitro y Cuarto, le definirán al árbitro sus poderes y facultades.”¹²⁴⁵

7. Hoy día, puede decirse, luego de haber recorrido velozmente por sobre siglos de historia, que el arbitraje se ha convertido “en un procedimiento altamente productivo”, alternativa al litigio judicial -lento, abarrotado de reclamaciones, entre otros-, que, en unión a los estrados presididos por un juez o magistrado, tienen un propósito común: la solución de conflictos.¹²⁴⁶

8. En conclusión, el arbitraje es una institución de mucho peregrinaje y abolengo histórico. Después de todo, a las partes en conflicto puede atraerles la posibilidad de encomendar a tercero resolver sus disputas.

III. El Código Civil

1. El Código Civil de Puerto Rico (**CCPR**) vigente, que es la edición de 1930, enmendada, es el español (aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1889), que fue hecho extensivo a Puerto Rico, Cuba y Filipinas, con algunas modificaciones, por Real Decreto del 31 de julio de 1889. Comenzó a regir en Puerto Rico el 1 de enero de 1890.¹²⁴⁷

2. En el libro sobre las obligaciones y los contratos se regula, como un contrato en particular, la *transacción* describiéndola como “un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo, cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”.¹²⁴⁸

1243 Más adelante volveremos sobre esta legislación.

1244 Fernández Quiñones, citado, pág. 9. Sin desmerecer la primera parte de la cita, en Puerto Rico se aprobó la Ley núm. 384 de 17 de septiembre de 2004 sobre mediación y adjudicación, que pretende evitar la litigación judicial (pero no es sobre arbitraje, sino mediación).

1245 Ibid.

1246 Ibid, págs. 8-9

1247 Véase el historial, anotación al art. 1 CCPR, 31 LPR 1. La Orden General núm. 1 del 18 de octubre de 1898, del Gobernador Militar norteamericano, dispuso que se mantuviera vigente el Código Civil de Puerto Rico, que regía desde el 1 de enero de 1890.

1248 **CCPR**, art. 1709, 31 LPR 4821. En el caso de Blás Toledo y otros v. Hospital y José Hidalgo y su aseguradora, 2006 TSPR 47 (30 marzo 2006) (certiorari), un contrato de transacción fue otorgado “como parte incidental a un proceso de quiebras. Estos acuerdos de transacción han sido reconocidos como un componente inherente a dicho proceso judicial y son favorecidos por el sistema. 10 Collier on Bankruptcy, sec. 9019.01...” , resolvió el Tribunal, añadiendo que “Dichos acuerdos deben ser interpretados dentro de este contexto, como herramientas para evitar agotar, mediante la litigación excesiva, los recursos disponibles en el caudal...”.

En López Tristani v. Maldonado Carrero, 2006 TSPR 143 (8 de septiembre de 2006), sobre el contrato de transacción , luego de aludir a la fuente codificada (CCPR) de la transacción –art. 1709 ss. CCPR, 31 LPR 4821 et. seq.—el Tribunal significó que: “Los elementos esenciales a este tipo de contrato son: (1) una relación jurídica litigiosa, (2) la intención de los contratantes de componer el litigio, es decir, de eliminar las controversias, y (3) las recíprocas concesiones de las partes. Neca Mortg. Corp. v. A & W. Dev., 137 DPR 860, 870 (1995).

“LPR” significa “Leyes de Puerto Rico Anotadas”.

“DPR” son las “Decisiones de Puerto Rico”, colección oficial de las opiniones y sentencias emitidas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico.

3. Las transacciones pueden ser judiciales o extrajudiciales.¹²⁴⁹ Pero no toda estipulación en un tribunal es una transacción.¹²⁵⁰

4. No puede transigirse el estado civil de las personas, así como tampoco las cuestiones matrimoniales, ni los alimentos futuros.¹²⁵¹ Igualmente no pueden transigirse los derechos a la herencia futura,¹²⁵² ni los derechos a la filiación.¹²⁵³

5. La transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada.¹²⁵⁴

6. El “*accord and satisfaction*” o la aceptación como finiquito o **transacción al instante**, procedente del **common law**, rige en Puerto Rico. Requiere la existencia de una reclamación ilícita o sobre la cual exista una controversia **bona fide**, un ofrecimiento de pago por el deudor y la aceptación por el acreedor.¹²⁵⁵

Tanto el “*accord and satisfaction*” como su contrato paralelo de más solemnidad, la transacción, son accesorios, bilaterales, consensuales y onerosos.¹²⁵⁶

7. El **CCPR** también comprende/regula el contrato de *compromiso*, que no define, y tan sólo dice que “las mismas personas que pueden transigir pueden *comprometer en un tercero* la decisión de sus contiendas”.¹²⁵⁷ Además, ordena el **CCPR** que lo dispuesto en cuanto a las transacciones es aplicable a los compromisos.¹²⁵⁸

IV. Ley de Arbitraje Comercial¹²⁵⁹

1. Así llamada, esta ley de 1951 (núm. 376 de 8 de mayo de 1951) tiene como antecedente la Ley Federal de Arbitraje.¹²⁶⁰

2. De conformidad con el art. 1 de la Ley de Arbitraje Comercial:

Dos o más partes podrán convenir por escrito en someter a arbitraje, de conformidad con las disposiciones de este capítulo, cualquier controversia que pudiera ser objeto de una acción *existente* entre ellos a la fecha del convenio de someter a arbitraje; o podrán incluir en un convenio *por escrito* una disposición para el arreglo mediante arbitraje de cualquier controversia que en el *futuro* surgiere entre ellos de dicho acuerdo o en relación con el mismo. Tal convenio será válido, exigible e irrevocable salvo por los fundamentos que existieran en derecho para la revocación de cualquier convenio.¹²⁶¹

“TSPR”, Tribunal Supremo de Puerto Rico. Entretanto se publican (volumen encuadernado) las “DPR”, las opiniones y sentencias son reproducidas y circuladas como un adelanto (por lo que se le conocen como “avanzadas” entre la clase profesional) por el Colegio de Abogados de Puerto Rico.

1249 A. Martínez & Co. v. Long Const. Co., 101 DPR 830 (1973).

1250 Sucn. Román v. Shelga Corp., 111 DPR 782 (1981).

1251 Rivera v. Sucn. Diaz Luzunaris, 70 DPR 181 (1949).

1252 Ex parte Santiago, 21 DPR 377 (1914).

1253 Pagán v. Sucn. Padilla, 42 DPR 968 (1931).

1254 **CCPR**, art. 1715; 31 LPRA 4827.

1255 A. Martínez & Co. v. Long Const. Co., citado.

1256 *Ibid.*

1257 **CCPR**, art. 1719; 31 LPRA 4841 (nuestras itálicas).

1258 **CCPR**, art. 1720; 31 LPRA 4842.

1259 32 LPRA 3222 ss.

1260 La Ley Federal de Arbitraje se aplica únicamente a transacciones en el comercio interestatal. *Walborg Corp v. Tribunal Superior*, 104 DPR 184 (1975). A estos fines, Puerto Rico es considerado, sin serlo, como un estado federado más de los EE. UU.

En el caso de *PaineWebber, Inc. v. Sociedad de Gananciales*, 151 DPR 307 (2000) se resolvió que según la Ley Federal de Arbitraje, existe una presunción de arbitrabilidad cuando el contrato tenga una cláusula de arbitraje.

1261 32 LPRA 3201 (Convenios) (nuestras itálicas).

3. Hay que significar que este arbitraje no esta regulado por las normas(?) o reglas jurisprudenciales^{1262*} del arbitraje obrero patronal,¹²⁶³ sino por las propias de la ley ya mencionada.¹²⁶⁴

4. Dicho arbitraje, contractual por naturaleza, puede surgir de una cláusula accesoria a un contrato principal mediante la cual las partes acuerdan someter a arbitraje sus desavenencias futuras o pueden surgir de un convenio por escrito para resolver una controversia existente,¹²⁶⁵ conforme se ha visto anteriormente.

5. Entre los principios generales que rigen este arbitraje contractual están los siguientes: (a) en los asuntos sometidos a arbitraje, las partes tienen amplia libertad para incorporar en el convenio de sumisión las cualificaciones que consideren propias al caso; el árbitro viene obligado a darles cumplimiento; (b) el convenio de sumisión es el que confiere la facultad decisional al árbitro y delimita su esfera de acción; y (c) es nulo un laudo en cuanto se excede de los poderes delegados en el convenio de sumisión correspondiente.¹²⁶⁶

6. Acordado un arbitraje por las partes, los tribunales tienen que dar cumplimiento a lo acordado, a solicitud de parte.¹²⁶⁷

7. Por supuesto, al incoarse en los tribunales una acción, verificado que hay un convenio que obliga someter la disputa o controversia a un árbitro, se suspenderá los procedimientos judiciales y ordenará la celebración del arbitraje.¹²⁶⁸

8. El árbitro será nombrado por las partes o, en su defecto, por el tribunal.¹²⁶⁹

9. El procedimiento ante el árbitro es muy parecido al proceso judicial, pero más rápido que el ordinario en los tribunales.¹²⁷⁰ El laudo se dictará por escrito y firmará por el árbitro,¹²⁷¹ adjudicando las controversias de la sumisión en un plazo de treinta (30) días siguientes a concluída la vista, sino se hubiese dispuesto otro término en el convenio de arbitraje.¹²⁷²

V. Ley Federal de Arbitraje (Federal Arbitration Act, FAA)

1. Es la ley de 30 de julio de 1947, c. 392, 61 Stat. 669, 9 USC 1 **et. seq.**, que aplica solamente a transacciones de comercio interestatal.¹²⁷³

2. Esta legislación se ancla en el comercio interestatal y extranjero ya que define “comercio” como el existente entre los varios estados de los Estados Unidos, entre éstos y algún territorio de los EE.UU. y/o el Distrito de Columbia (Washington, DC), o entre territorios (Puerto Rico, incluido) o entre algún estado, territorio o el Distrito de Columbia y nación extranjera. Más no aplica a contratos de trabajo de marinos (marines), empleados ferroviarios (railroad employees), o a cualquiera otra clase de empleados envueltos en el comercio interestatal o extranjero (or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce).

1262 * ¿Normas o reglas jurisprudenciales? En Puerto Rico se utilizan amabas, indistintamente. No es este el espacio para discutir este asunto. Es suficiente con señalarlo.

1263 Más adelante se examina el arbitraje obrero-patronal, que no está regulado mediante ley al efecto, sino por la jurisprudencia. Este arbitraje existe en virtud de un convenio colectivo (y una de sus cláusulas es sobre arbitraje para dilucidar controversias entre el trabajador y el patrono).

1264 Rivera v. Samaritano & Co. Inc., 108 DPR 604 (1979).

1265 Ibid.

1266 Ibid.

1267 Paine Webber, Inc. v. Sociedad de gananciales, citado.

1268 32 LPRA 3203.

1269 32 LPRA 3205.

1270 32 LPRA 3206 y ss.

1271 32 LPRA 3220.

1272 32 LPRA 3214.

1273 Walborg Corp. v. Tribunal, citado. Véase anterior nota 29.

3. En la jurisprudencia puertorriqueña hay casos en los cuales se aplica esta ley. Uno de ellos trata de la casa de corretaje Paine Webber, Incorporated of Puerto Rico, que demandó en reclamo de una cantidad de dinero.¹²⁷⁴ Entre las partes existía un contrato con una cláusula de arbitraje compulsorio.¹²⁷⁵ En lo relevante para este estudio, el Tribunal Supremo resolvió que la controversia entre las partes, por acuerdo entre ellas mismas, había que someterla a arbitraje. Dijo: “La Ley Federal de Arbitraje... establece una política federal a favor del arbitraje. La misma aplica a contratos en el comercio interestatal y establece que las cláusulas de arbitraje en esos contratos son válidas, irrevocables y mandatarias. Una vez acordado el arbitraje, los tribunales carecen de discreción respecto a su eficacia y tienen que dar cumplimiento al arbitraje acordado. Según esta ley, y la jurisprudencia federal interpretativa de la misma, cualquier duda sobre el alcance de las controversias que pueden ser llevadas a arbitraje debe resolverse a favor del arbitraje. Esto aplica tanto a tribunales federales como a los estatales. Esta ley, simplemente requiere que los tribunales estatales y federales hagan cumplir los acuerdos de arbitraje negociados por las partes como cualquier otro contrato. De hecho, existe una presunción de arbitrabilidad cuando el contrato tiene una cláusula de arbitraje. Así lo señalamos en **World Films, Inc. v. Paramount Pict. Corp.**, 125 DPR 352 (1990).”¹²⁷⁶

También reconoce el mismo Tribunal el principio *pacta sunt servanda*, así como reafirma la “**clara política pública** de alentar el recurso de arbitraje como mecanismo alterno para la resolución de disputas en caso de que, efectivamente, existiera la cláusula de arbitraje y la misma fuera válida.”¹²⁷⁷

4. En **McGregor-Doniger v. Tribunal**,¹²⁷⁸ también se había contratado una cláusula de arbitraje para resolver cualquier controversia entre las partes. La cuestión envolvía una transacción en el comercio interestatal. Se resolvió que regía la ley federal de arbitraje, por lo que procedía la suspensión de los procedimientos en los tribunales (puertorriqueños).¹²⁷⁹ Concluido el arbitraje, la acción local podría continuar de manera “no inconsistente con el laudo arbitral”,¹²⁸⁰ en el sistema judicial de Puerto Rico.

Se reitera la doctrina de que hay “una política vigorosa a favor del arbitraje y una marcada renuencia de los tribunales en concluir que se ha incurrido en una renuncia de derecho de arbitraje. **HiHi, Inc. [v. Oldach]**, 392 F. 2d 368, 1st. Cir. 1967]. Toda duda que pueda existir debe ser resuelta a favor del arbitraje. **Galt v. Libbey Owens Ford Glass Co.**, 376 F. 2d. 711 (7th. Cir. 1967)”¹²⁸¹

El área temática de la renuncia al derecho de arbitraje es interesante. En este caso, desde su contestación a la demanda, la peticionaria (McGregor) había invocado el derecho de arbitraje, solicitando la suspensión de los procedimientos en el tribunal de primera instancia. No obstante, había hecho descubrimiento de prueba (deposiciones), por lo que había participado en el litigio (además, también había obtenido permiso para alegar una defensa especial). Se resolvió que estas actuaciones eran “no inconsistentes con su posición inicial de insistir en el arbitraje... [cita de casos federales].”¹²⁸²

Por cierto, este caso se invoca como precedente en el de **Paine Webber, Inc. v. Sociedad de Gananciales**, estudiado en párrafos anteriores.

1274 Paine Webber, Inc. v. Sociedad de Gananciales, 151 DPR 307 (2000).

1275 En parte, decía: “Las partes renuncian a sus derechos a solicitar remedios en el tribunal, incluyendo el derecho a juicio por jurado... El arbitraje es final y vinculante entre las partes... Cualquier arbitraje bajo este acuerdo [el contrato] ha de ser realizado bajo [shall be held under and pursuant to and be governed] el Federal Arbitration Act...” Paine Webber, citado, pág. 310 nota al pie de pág. núm. 1 (traducción libre).

1276 Paine Webber, Inc., a la págs. 311-12.

1277 Ibid, pág. 313 (subrayado en el original).

1278 98 DPR 864 (1970).

1279 Así se establece en 9 USC 3.

1280 98 DPR 864, a la pág. 871.

1281 Ibid, pág. 869.

1282 Ibid, pág. 870.

VI. Convención de las Naciones Unidas para el reconocimiento y ejecución/cumplimiento de laudos arbitrales extranjeros (Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958) (U. N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)

1. Los Estados Unidos de América ratificó este instrumento con reservas, por lo que rige también en Puerto Rico. Una de ellas es a los efectos de que la Convención se aplicará a base de reciprocidad (esto es, sólo de aquellos laudos hechos en el territorio de otro estado contratante). Otra reserva dispone que la misma se aplicará tan sólo si involucran relaciones jurídicas, contractuales o no, que surjan de diferencias consideradas comerciales bajo las leyes de los Estados Unidos.

2. La ley Federal de Arbitraje (Federal Arbitration Act, FAA) (9 USC 1, de 1925) trata, en su capítulo 2, sobre la “Convención (de la ONU) para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros” (N. Y.) de 10 de junio de 1958, ordenando que su cumplimiento se ejecute de conformidad con dicho capítulo (9 USC 201 y sges.)

3. Hay tres aspectos diferentes que son considerados por las partes al contratar la selección del arbitraje como medio para resolver disputas. El primer aspecto tiene que ver con las reglas que rigen el procedimiento de arbitraje (que es distinto al derecho que los árbitros aplicarán al examinar/anализar el contrato). El segundo trata de la manera de selección de los árbitros para integrar el panel correspondiente; el tercero, si las partes lo desean, es el uso de la infraestructura y normas de alguna asociación profesional para conducir el procedimiento de arbitraje.

4. Las reglas (no la ley) adoptadas por la UNCITRAL (1976), son flexibles y detalladas y, además, constituyen un esfuerzo consciente de compromiso entre conceptos del “common law” y el “civil law”.^{1283 1284} La ley modelo de arbitraje de UNCITRAL no ha sido adoptada por los Estados Unidos de América.

VII. Convención para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros de 10 de junio de 1958 (Nueva York)

1. Este instrumento jurídico está vigente en los Estados Unidos (y, por consiguiente, en Puerto Rico) desde el 29 de diciembre de 1970.

2. La legislación que la implanta¹²⁸⁵ aparece codificada (en sentido norteamericano) en 9 USC 201-08.

VIII. Convención interamericana para el arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975

1. Se implantó en los Estados Unidos mediante la P. L. 101-369, sec. 1, de 15 de agosto de 1990, 104 Stat. 448. Aparece codificada en 9 USC 301-307.

2. La sec. 305 determina cual de las Convenciones -véase VII y VIII- aplicaría en la eventualidad de que los requisitos para la aplicación de ambas se cumplan.

1283 UNCITRAL's Rules of Arbitration, G. A. Res. 31/98, 31 U. N. GAOR, Supp. No. 17, Doc. A/31/17 (1976), reprinted at 15 International Legal Materials 701 (1976).

1284 Las partes contratantes pueden convenir que estas reglas imperen en sus procedimientos.

1285 P. L. (Public Law) 91-368, 84 Stat. (Statutes) 692. “USC” significa “United States Code” o, en español, “Código de los Estados Unidos”, colección de legislación federal (el número a la izquierda—en este caso, el nueve (9)—de “USC” es el volumen de la colección indicada y el número a la derecha—aquí 201-08—es de la(s) sección(es). Entonces: vol. 9 United States Code secs. 201-08.

IX. La Asociación Americana de Arbitraje (The American Arbitration Association, “AAA”). El arbitraje internacional.

1. La “AAA”¹²⁸⁶ no es una ley, sino una organización profesional (fundada en 1926; con sede en la ciudad de Nueva York)--como también lo son la Cámara Internacional de Comercio (“International Chamber of Commerce”, ICC) y el Tribunal para el arbitraje internacional de Londres (el “London Court of International Arbitration”)--cuyo propósito es proveer un foro o tribunal para el arbitraje. Todas las mencionadas asociaciones permiten la utilización de las reglas de UNCITRAL.

2. En varios arbitrajes que se celebran en Puerto Rico, las partes se acogen a las normas de la “AAA”.

3. Conviene tomar nota del arbitraje internacional para resolver disputas comerciales mediante la utilización de instituciones y asociaciones profesionales establecidas, celebrados en la isla. Tiene sus ventajas, que rebasan los objetivos de estudio de este ensayo.¹²⁸⁷

X. El arbitraje obrero-patronal

1. “El trabajo humano procede directamente de personas creadas a imagen y semejanza de Dios y llamadas a prolongar, unidas y para mutuo beneficio, la obra de la creación dominando la tierra”,¹²⁸⁸ enseña una de las iglesias existentes, sin duda alguna con la que se identifican la mayoría de los puertorriqueños. No abrigo dudas de que otras instituciones religiosas también están conformes con la afirmación anterior.

2. El caso de **Junta de Relaciones del Trabajo (JRT), a nombre de la Unión de Empleados de Muelles de Puerto Rico v. New York & Porto Rico Steamship Co.**,¹²⁸⁹ considerado como el precedente más valioso en materia de arbitraje obrero-patronal en ausencia de legislación, llena un vacío.¹²⁹⁰ Resolvió, entre otros, que “precisamente porque un laudo de arbitraje es final y obligatorio, el árbitro no determina su propia jurisdicción, a no ser que las partes lo acuerden. Compete a las cortes y no al árbitro interpretar el convenio de arbitraje con el fin de determinar qué cuestiones fueron sometidas a arbitraje por las partes. Y los contratos sobre arbitraje serán minuciosamente interpretados con el propósito de no forzar a una parte a someter a arbitraje una cuestión que no fue su intención someter a arbitraje.” (p. 803). Además, “...las partes vienen obligadas por un laudo de arbitraje y las cortes no lo pueden revisar en los méritos...” (p.805-6); “el hecho de que un laudo sea nulo en parte, necesariamente no lo invalida en su totalidad” (p.806). También se significa que “un laudo de arbitraje no es ni un contrato ni una sentencia, pero disfruta de la naturaleza de ambos. Por consiguiente, los motivos por los cuales un laudo, basado en una sumisión voluntaria, puede ser impugnado se reducen a (1) fraude, (2) conducta impropia, (3) falta del debido procedimiento en la celebración de la vista, (4) violación de la política pública, (5) falta de jurisdicción, y (6) que el laudo no resuelva todas las cuestiones en controversia que se sometieron.” (p.800).¹²⁹¹

1286 Véase, G. Gregory Letterman, UNIDROIT’s Rules in Practice (Standard International Contracts and Applicable Rules), Kluwer Law International, 2001, p. 353 ss. (“The various fora for international arbitration”).

A título de ejemplo, el “contrato de tarjeta de crédito” (16 págs.) de CitiBank (USA, 2005) contiene una larga cláusula de arbitraje que dispone que el cliente (porta tarjeta) accede a someter sus reclamaciones a arbitraje. Son dos las asociaciones profesionales a las cuales pueden someterse el procedimiento de arbitraje: la American Arbitration Association (AAA) y el National Arbitration Forum. La primera radica en la ciudad de Nueva York; la segunda, en Minnessota.

1287 El American Bar Association (ABA), Sección de Derecho Internacional, tiene una revista que, en ocasiones, trata el arbitraje internacional. Véase el vol. 35 no. 1 International Law News, correspondiente al invierno de 2006.

1288 Catecismo de la Iglesia Católica romana, n. 2427.

1289 69 DPR 782 (1949)(Snyder).

1290 Estableció por fiat judicial aquellos principios y reglas fundamentales que rigen el arbitraje obrero-patronal. Después de todo, tanto la naturaleza como el hombre aborrecen al vacío.

1291 Puede añadirse la ambigüedad y/o falta de claridad en el laudo (nulidad del laudo).

3. El arbitraje como procedimiento para dilucidar disputas está disponible en los casos en que media un convenio colectivo. Una de las cláusulas de ese acuerdo trata sobre el arbitraje para dilucidar controversias.^{1292 1293}

4. El arbitraje no está revestido de la formalidad de un tribunal de justicia, con procedimientos públicos por lo general, por lo que es privado, a menos que las partes requieran que esté abierto al público. Las reglas de procedimiento civil y evidencia (prueba)¹²⁹⁴ no son aplicables en las vistas de arbitraje, a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario.

5. Es un procedimiento de poderes delegados, por lo que el árbitro tan sólo puede entender y resolver controversias que el convenio colectivo le confiera autoridad.

6. Así, un árbitro con autoridad sustituye a los tribunales de justicia, si el convenio colectivo le autoriza resolver controversias entre patrono y obreros o le faculta para la interpretación del convenio.

7. La jurisprudencia tiene resuelto que si se ha pactado válidamente el arbitraje, los tribunales están impedidos de litigar la disputa.¹²⁹⁵

8. Un laudo de arbitraje puede ser final y los tribunales se abstendrán de sustituir el criterio del árbitro por el suyo propio.¹²⁹⁶

9. Como principio general puede decirse que el arbitraje surge del ejercicio de la voluntad de las partes que lo acordaron,¹²⁹⁷ como cláusula de un convenio (contrato) entre patrono y empleados.

10. Aunque no es el objeto de este ensayo el estudio del arbitraje obrero-patronal, no obstante, como parte de la panorámica general de ese procedimiento en Puerto Rico (que comprende tanto legislación y reglamentos aprobados por los poderes gubernamentales puertorriqueños, así como también por el gobierno federal norteamericano), y la jurisprudencia tanto puertorriqueña como norteamericana, y con el propósito de ofrecer información al lector, una breve referencia a las ejecuciones del Departamento (Ministerio) del Trabajo y Recursos Humanos es conveniente y deseable.

1292 En Puerto Rico no hay una ley obrero-patronal que regule el arbitraje.

La ausencia de legislación, ha llevado a un estudioso a afirmar: “El extinto Juez Presidente del Tribunal Supremo, Cecil B. Snyder, es figura cimera en este tema por su bien pensada y elaborada decisión en *New York and Porto Rico Steamship Company*, la cual constituye la Ley de Arbitraje Obrero-Patronal en esta jurisdicción por más de cincuenta años...”. D. Fernández Quiñónez, *El arbitraje obrero-patronal*, citado, p. xii (nota del autor).

1293 Puede mencionarse, además, que existe una Ley de Relaciones del Trabajo que define el término “disputa obrera”: “incluye cualquier controversia relativa a los términos, tenencia o condiciones de empleo o en relación con la organización o representación de empleados sobre negociación, fijación, mantenimiento, cambio o esfuerzo para convenir términos o condiciones de empleo, estén o no los disputantes en la relación inmediata de patrono y empleado”, 29 LPR 61, 63(6). Aún no hay un convenio con cláusula de arbitraje.

1294 En el ordenamiento jurídico puertorriqueño existen unas “Reglas de Procedimiento Civil” y otras “Reglas de Evidencia”. El Tribunal Supremo de Puerto Rico está constitucionalmente (Constitución del Estado Libre Asociado, Art. V -Poder Judicial- sec. 6) autorizado para adoptar dichas reglas.

1295 *JRT v. NY & PR Steamship Co.*, 69 DPR 782; *Pérez v. AFF*, 87 DPR 118 y otros más.

1296 *JRT v. National Parking Co.*, 112 DPR 162.

1297 Hay una excepción al principio de la voluntariedad de los contratantes. La ley que regula la negociación en el organismo gubernamental “Fondo del Seguro del Estado” (los patronos se aseguran anualmente, pagando una prima según el trabajo (empleo doméstico, etc) a ejecutarse por sus empleados, y de surgir un accidente –conleve o no declaración de incapacidad– es referido para atención médica y hasta compensación) exige arbitraje compulsorio, no sólo en la administración del contrato (convenio colectivo), sino también en la etapa de su negociación. D. Fernández Quiñones y C. Romany Siaca, *Derecho Laboral-casos y materiales*, tomo II, p. 973 (Ed. Univ. de Puerto Rico, 1987).

En dicho Departamento existe un Negociado de Conciliación y Arbitraje en la Secretaría Auxiliar de Asuntos Legales y Normas.¹²⁹⁸ Entre otros laudos de arbitraje, emitidos por los árbitros de ese Negociado, se han resuelto innumerables disputas que comprenden, entre otros, sin ánimo de ser exhaustivos, temas como: la arbitrabilidad sustantiva y procesal, la reclamación de salarios y sobre períodos de descanso, el despido por insubordinación y abandono de trabajo, y el despido por absentismo, y el pago por tiempo extraordinario o “turnos per diem”.¹²⁹⁹

Recientemente se ha enmendado la ley para crear la “Oficina de Mediación y Adjudicación” (OMA) en dicho Departamento del Trabajo y Recursos Humanos.¹³⁰⁰ Esta dependencia administrativa tiene la función de conciliar y adjudicar controversias obrero-patronales en una serie de asuntos, a saber: reclamaciones por violación al derecho de reinstalación de la ley del sistema de compensaciones por accidentes del trabajo, en que no se reclamen daños y perjuicios; reclamaciones de salarios, vacaciones y licencias por enfermedad al amparo de una ley especial (que no es necesario especificar); pago de salarios, bajo una ley especial; despido injustificado y bono de navidad bajo determinada legislación, entre otras.

OMA tiene jurisdicción concurrente con el tribunal de primera instancia, por lo que el querellante o reclamante seleccionará el foro ante el cual incoar su causa de acción. El trámite en la jurisdicción administrativa, con facultades cuasi judiciales, debe ser más rápido. En la eventualidad de que la parte adversamente afectada no cumpla con la determinación adjudicándole responsabilidad, el Departamento podrá acudir ante aquél tribunal para que ordene el cumplimiento, en unión a aquellos remedios y sanciones judiciales (desacato, sanciones económicas) correspondientes. A estos fines, la decisión administrativa se tratará como si fuese una sentencia judicial.

No es arriesgado decir que el Negociado de Conciliación y Arbitraje adjudica disputas mediante la interpretación de convenios colectivos--entre empleados (trabajadores, obreros) y patrono (el industrial, el capital)-- con alguna cláusula de arbitraje, mientras que la Oficina de Mediación y Adjudicación (OMA) resolverá los asuntos previamente indicados.

1298 Se agradece la información facilitada por el sub-Director de ese Negociado, señor Colón Burgos (dic. 2006).

Al Ministro se le denomina Secretario. En la ejecución de su encomienda el secretario está asistido por un subsecretario y varias secretarías auxiliares.

1299 Los laudos emitidos en el año 1990 se encuentran compilados en cuatro tomos (tres meses en cada tomo). Laudos de arbitraje obrero-patronales, Negociado de Conciliación y Arbitraje, Departamento del Trabajo y Recursos Humanos. El Secretario (Ministro) del Departamento lo era el Lcdo. R. Delgado Zayas. (Biblioteca Centro Judicial de San Juan).

Desconocemos si existen o no otros tomos, de otros tantos años, depositados en alguna biblioteca pública. Hemos podido revisar algunos laudos emitidos por el Negociado de fechas más recientes (en el nuevo milenio).

A nivel del Tribunal Supremo puede examinarse la opinión recaída en el caso Unión General de Trabajadores v. Corporación de Puerto Rico para la Difusión Pública, 2006 TSPR 134 (23 de agosto de 2006)(Rodríguez Rodríguez)(hay opinión disidente); Municipio v. Lebrón & Associates, 2006 TSPR 70 (21 de abril de 2006)(“no existen disposiciones jurídicas vigentes que impongan requisitos u otras normas especiales al pacto de arbitraje entre un municipio y un particular. Por ende, debemos examinar el derecho general con respecto a los acuerdos de arbitraje”; “...cuando resulta necesario determinar cuál fue la común voluntad de los contratantes, se entiende que éstos quisieron expresarse como lo hubieran hecho una persona de buena fe. En Ex parte Negrón Rivera y Bonilla, 120 DPR 61 (1987), citamos la explicación que ofrece Díez-Picazo de esta norma... Cabe añadir que el principio de lealtad en la redacción contractual incluye un deber de diligencia, toda vez que se presume “una **corrección** en su misma elaboración” y una expresión “según el **modo normal** propio de gentes honestas.” Además, las normas hermenéuticas que establece el Código Civil en sus artículos 1233-1241, 31 LPRA 3471-3479, “son auténticas normas jurídicas, no máximas de experiencia, y como tales obligan al intérprete (jueces, árbitros).” Sobre la buena fé, objetiva y subjetiva, en los contratos, puede verse el ensayo de Pedro F. Silva-Ruiz, La interpretación del contrato, de próxima publicación.

1300 Ley núm. 384 de 17 de septiembre de 2004. La “OMA” ha adoptado un Reglamento de procedimientos de mediación y adjudicación, de 9 de agosto de 2005, núm. 7019 de 11 de agosto de 2005 en el Departamento (Ministerio) de Estado.

11. Para terminar, hay que advertir que se han utilizado términos tales como “mediación”, “conciliación” y “arbitraje”, que no son equivalentes. A grandes rasgos, en el contexto de las relaciones obrero-patronales, pueden describirse así: (a) el “arbitraje es un sencillo procedimiento voluntario, creado por las partes que desean que determinada disputa sea resuelta o juzgada por un árbitro imparcial de su propia selección, cuyo laudo o decisión en los méritos de la controversia habrá de ser final e inapelable para ambas partes.”¹³⁰¹ También podría decirse que “es un procedimiento de naturaleza contractual mediante el cual las partes en cualquier controversia o disputa, a fin de obtener una solución rápida y poco costosa de la cuestión en litigio, escogen árbitros o jueces de su propia selección y, por consentimiento, le someten la controversia para su decisión final e inapelable”;¹³⁰² (b) la “conciliación” es “simplemente el esfuerzo y la actitud de un tercero, designado por las partes interesadas, que persigue el fin de ponerlas de acuerdo o evitar que acudan a un proceso contencioso, bien sea judicial o arbitral. El conciliador es la persona que interpone sus **buenos oficios** para lograr que las partes encuentren las maneras de solucionar sus diferencias...”;¹³⁰³ y (c) la “mediación debe entenderse como un mecanismo de ayuda en la negociación; es, de hecho, una extensión del proceso de negociación.”¹³⁰⁴

XI. El arbitraje: método alternativo para la resolución de disputas/solución de conflictos y controversias en el “Reglamento de métodos alternos para la solución de conflictos” del Tribunal Supremo de Puerto Rico

1. Ya desde las primeras décadas del siglo pasado (s. 20), Roscoe Pound, profesor de Derecho de Harvard, en su discurso “Las causas de la falta de satisfacción popular con la administración de justicia” (“The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”) escribía: “me aventuro o arriesgo a decir que nuestro sistema de tribunales es arcaico y nuestros procedimientos están atrasados en el tiempo. La falta de certeza, tardanza y costos, y sobre todo, la injusticia en la decisión de los casos resueltos a base de prácticas establecidas (points of practice) que son meras etiquetas para lograr/alcanzar la justicia... ha creado un profundo deseo de quedarse fuera de los tribunales... por parte de todo hombre de negocios sensible en la comunidad.”¹³⁰⁵

2. En la segunda parte del mismo siglo (20), en el año 1976, se celebró la “Pound Conference”. Uno de los temas discutidos fue el de las alternativas para la solución de disputas tomando en cuenta la insatisfacción popular para lograr la justicia en los tribunales.¹³⁰⁶

3. En 1990, la “Civil Justice Reform Act” de los Estados Unidos de América, autorizó el uso de procesos extrajudiciales para resolver disputas (R. 16 de Procedimiento Civil Federal, 28 USC). Los estados se unieron al movimiento reformador para también implantarlos.

1301 Rafael Berríos López, Naturaleza del arbitraje, en la “Revista del Trabajo”, Departamento del Trabajo, San Juan, Puerto Rico, núms. 40-41, pág. 1 (1983).

1302 Ibid, p. 2.

1303 Fernández Quiñones, El arbitraje obrero-patronal, citado, p. 15.

1304 Ibid, pág. 16. Puede verse también, Rafael A. Berríos, El conciliador o mediador de disputas obrero-patronales, en la “Revista del Trabajo”, Departamento del Trabajo, San Juan, P. R., año 6, núm. 23, pág 1 ss. (julio - septiembre 1973).

1305 35 F. R. D. 273 (1964)(traducción). Pound concluía que “Muchísima de la insatisfacción tiene su origen en nuestra organización judicial y procedimientos. Las causas que radican aquí tienen que ser atendidas. Nuestra administración de justicia no es decadente. Está sencillamente atrasada/retrasada/ se ha quedado atrás.” (p. 290).

Alguna bibliografía sobre este extremo fue obtenida del ensayo de Iris M. Camacho Meléndez, La educación jurídica; preocupaciones, sueños y peligros, en el libro “Ni una vida más para la toga”, D. Nina, ed., Ediciones Callejón, San Juan, Puerto Rico, 2006, pág. 77 ss.

1306 Véase, Frank E. A. Sander, Varieties of Dispute Processing, 70 F. R. D. 79, 111 a la pág 112 (“A second way of reducing the judicial caseload is to explore alternative ways of resolving disputes outside the courts, and it is to this topic that I wish to devote my primary attention...”).

4. En Puerto Rico, en el año 1994, se asignaron fondos, en el presupuesto general estatal, a la Rama Judicial para establecer cuatro nuevos centros de mediación. Previamente, en el año 1983, la Legislatura había autorizado el establecimiento de foros informales para la solución de disputas, autorizando al Tribunal Supremo su reglamentación (Centro de Mediación de Conflictos de San Juan).

5. En 1995 se creó, por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, la “Comisión Futurista de los Tribunales”, con el propósito de que una vez analizada la realidad contemporánea, así como las tendencias que se vislumbran para el nuevo siglo, le informaran sobre el impacto que éstas tendrán en los tribunales para el nuevo siglo. Entre sus hallazgos, la Comisión encontró la existencia de un vertiginoso aumento en los casos llevados a los tribunales para su solución y, por consiguiente, el alza que conllevaba en los casos pendientes para resolución.

6. Un comité creado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico le recomendó, en 1996, se implantaran dos métodos adicionales (la mediación había estado operando con antelación), a saber: el arbitraje y la evaluación neutral.¹³⁰⁷

El **Informe** rendido iba acompañado de una propuesta de “Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos.”

Dicho Reglamento fue aprobado y promulgado por el Tribunal, el 25 de junio de 1998 (vigencia: 1 de enero de 1999; enmendado el 4 de marzo de 2005).

7. El Reglamento estableció un “Negociado de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos”, adscrito al Tribunal Supremo.¹³⁰⁸

8. El “Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos” define los siguientes términos:

a. “Métodos alternos para la solución de conflictos – incluye todo tipo de método, práctica y técnica, formal e informal—que no sea la adjudicación judicial tradicional—utilizado dentro y fuera del sistema judicial y encaminado a resolver las controversias de los ciudadanos”.

b. “Interventor(a) neutral – persona imparcial que interviene en el proceso alternativo para la solución de conflictos con el fin de orientar y ayudar a que las partes resuelvan sus controversias. Sus funciones varían dependiendo del método alternativo en el cual intervenga”.

c. “Mediación – proceso de intervención, no adjudicativo, en el cual un interventor o una interventora neutral (mediador o mediadora) ayuda a las personas en conflicto a lograr un acuerdo que les resulte mutuamente aceptable. En la mediación, las partes tienen la potestad de decidir si se someten o no al proceso.”

d. “Arbitraje – proceso adjudicativo informal en el que un interventor o una interventora neutral (árbitro o árbitra) recibe la prueba de partes en conflicto y, a base de la prueba presentada, emite una decisión o laudo. En el arbitraje, las partes tienen la potestad de decidir si se someten o no al procedimiento. El laudo que se emita puede ser de dos (2) tipos: (1) vinculante, en el cual el laudo, por acuerdo de las partes, se convierte en obligatorio para éstas, y (2) no vinculante, en el cual cualquier parte que esté inconforme con el laudo podrá solicitar la celebración de un juicio ordinario.”

e. “Evaluación neutral de casos -proceso en el cual cada parte presenta ante el interventor o la interventora neutral (evaluador(a)) un resumen de sus teorías legales y de la evidencia a base

1307 Informe elevado el 26 de junio de 1996 para ante la consideración del Tribunal Supremo de Puerto Rico por el Comité Asesor de Medios Alternos de Resolución de Disputas, creado en mayo de 1993.

1308 Regla 2.01. La Regla 2.02 establece las funciones y responsabilidades del “Negociado de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos” (Negociado). A mi juicio, son tareas que requieren la asistencia de personal con entrenamiento legal. En ese Negociado, no hay abogados, sino trabajadores sociales, orientadores y consejeros, entre otros.

de la cual se pondera la validez legal de la posición de cada parte y se expone dicho análisis a los litigantes.”¹³⁰⁹

9. Debe decirse, además, que la Regla 1.01 dispone que “El Tribunal Supremo de Puerto Rico declara que es política pública de la Rama Judicial fomentar la utilización de mecanismos complementarios al sistema adjudicativo tradicional con el fin de impartir justicia en una forma más eficiente, rápida y económica”.

10. El capítulo 8 del Reglamento trata el arbitraje. Es la Regla 8 y comprende las siguientes materias: propósito; casos elegibles; exclusiones; procedimiento para referir casos a arbitraje; referimiento a solicitud de las partes; efecto de la presentación de una moción dispositiva; calificaciones y adiestramientos de los (las) árbitros(as); selección de los árbitros(as); orden de designación del árbitro o árbitra; declinación de la designación; jurisdicción del árbitro o árbitra; facultades del árbitro o árbitra; órdenes protectoras; vistas de arbitraje; transcripción o grabación de los procedimientos; laudo de arbitraje; término para rendirlo; notificación del laudo; efecto del acuerdo de que el laudo sea vinculante; sentencia; solicitud de juicio; revocación, modificación o corrección del laudo; sanciones; ejecución.

11. Veamos algunas de esas disposiciones.

a. Este procedimiento no afecta a lo dispuesto para la aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial (ver IV), así como tampoco afecta la facultad judicial para nombrar Comisionado, de conformidad con las Reglas de Procedimiento Civil.¹³¹⁰

b. Son elegibles para este procedimiento todas las acciones civiles (R. 8.02) excepto: los casos de naturaleza criminal, los procedimientos bajo la ley de menores, los recursos de “habeas corpus” y aquellos otros al amparo de las leyes de procedimientos legales especiales y de recursos extraordinarios (“mandamus”, “injunction”, por ejemplo), así como tampoco los casos que conlleven una reclamación de derechos civiles (Regla 8.03).

c. El Tribunal podrá recomendar a las partes que sometan sus controversias a arbitraje. La acción ya está radicada en el tribunal, por lo que recomendación conlleva un desvío a arbitraje (R. 8.04). Las partes, a su vez, podrán solicitar al tribunal que refiera el caso a arbitraje, siempre y cuando no se trate de las materias excluidas, (R. 8.02), indicadas anteriormente (R. 8.05). Ambas partes han de estar de acuerdo con la solicitud de referimiento a arbitraje.

d. Puede actuar como árbitro cualquier abogado u otro profesional de reconocida competencia que cumpla con los requisitos establecidos en la R. 4.03. Esta regla establece que para actuar como interventor neutral (véase las definiciones; nombre genérico que abarca tanto la mediación, como el arbitraje y la evaluación neutral de casos) han de haberse cumplido los requisitos y el adiestramiento que el “Negociado de métodos alternos para la solución de conflictos” determine (R. 2.02). A pesar de lo indicado, puede designarse árbitro a persona que “no esté admitido(a) al ejercicio de la abogacía cuando en el mismo se planteen controversias técnicas o sumamente especializadas, y la intervención

1309 Regla 1.03. Definiciones.

1310 Regla 41, Reglas de Procedimiento Civil de 1979, 32 LPRA R. 41 – Comisionados Especiales.

“Regla 41.1 – El Tribunal en que estuviere pendiente un pleito o procedimiento podrá nombrar un comisionado especial en relación con dicho pleito o procedimiento. A los efectos de esta regla, la palabra comisionado incluye un árbitro, un auditor y un examinador. El tribunal fijará los honorarios del comisionado. . .

“Regla 41.2 – El Tribunal Supremo podrá encomendar un asunto a un comisionado en cualquier caso o procedimiento. . .será la excepción y no la regla. No se encomendará el caso a un comisionado en ningún pleito, salvo cuando estuvieren envueltas cuestiones sobre cuentas y cómputos difíciles de daños o casos que envuelvan cuestiones sumamente técnicas o de un conocimiento pericial altamente especializado.”

Las Reglas 41.3 (Poderes del comisionado), 41.4 (Procedimiento ante el comisionado) y 41.5 (Informe del comisionado) no se transcriben.

de una persona experta en la materia de la que traten las controversias pueda resultar más productiva que la de un abogado o una abogada” (R. 8.07).¹³¹¹

e. Seleccionado un árbitro (R. 8.09), el tribunal emitirá una orden designándolo (uno o un panel), que será notificada. El candidato/s designado podrá declinar al nombramiento. Las partes, en un plazo de 10 días a partir de la aceptación del designado, informarán “por escrito al tribunal si han acordado que el laudo de arbitraje sea vinculante y si han acordado que el laudo sea conforme a derecho o conforme a equidad”.

f. La jurisdicción del árbitro se extiende a “todos los asuntos y las controversias que se planteen en el caso ante su consideración y deberá resolverlas en su totalidad” (R. 8.10).

g. La R. 8.11 es un catálogo de las facultades del árbitro, entre otras: señalar la fecha y lugar de las vistas, celebrarlas, emitir órdenes de citación de testigos/a través de la secretaría del tribunal; tomar juramentos y afirmaciones; imponer sanciones a las partes por su incomparecencia a las vistas; resolver los asuntos sobre descubrimiento de prueba que se le sometan, y emitir laudos.

h. Los procedimientos ante el árbitro “se llevarán a cabo informalmente”. En esas vistas “las Reglas de Derecho Probatorio (Evidencia) podrán utilizarse como guías..., pero se aplicarán flexiblemente...”. Además, la presentación de la prueba testifical deberá utilizarse lo menos posible (R. 8.13).

i. Cualquiera de las partes podrá, a su costo, grabar o transcribir los procedimientos ante el árbitro. Más, de no estipularse lo contrario, “ninguna parte de una transcripción o grabación de los procedimientos podrá admitirse en evidencia en un juicio ordinario ante el tribunal, salvo en un procedimiento penal por perjurio.” (R. 8.14).

j. Concluido el procedimiento, el árbitro emitirá su decisión o laudo, el cual será notificado (R. 8.15 y 8.16).

k. Si el laudo fuese vinculante, ninguna de las partes podrá solicitar que se celebre un juicio ordinario (R. 8.17), aunque podrá impugnarlo (R. 8.20). El laudo se unirá al expediente judicial y el juez dictará sentencia en conformidad con sus términos (Regla 18.8).

l. La R. 8.20 trata sobre la revocación, modificación o corrección del laudo cuando se haya pactado que aquél sea vinculante. A moción de cualquiera de las partes, el tribunal puede dictar una orden *revocando* el laudo: “(1) cuando el laudo se haya obtenido mediante corrupción, fraude u otro medio indebido; (2) cuando el(la) árbitro(a) haya incurrido en parcialidad o corrupción evidente; (3) cuando los árbitros y las árbitras actúen erróneamente al rehusarse a admitir evidencia pertinente y material a la controversia; (4) en caso de que se trate de un(a) árbitro(a) no admitido(a) al ejercicio de la abogacía, cuando se extienda en sus funciones o no resuelva de forma final y definitiva la controversia delimitada por el tribunal.” Además, el tribunal, a solicitud de cualquiera de las partes, podrá *modificar o corregir* el laudo: “(1) cuando haya un error de cálculo evidente en cuanto a las cifras o error evidente en la descripción de cualquier persona, cosa o propiedad; (2) cuando el laudo sea imperfecto en materia de forma, sin afectar los méritos de la controversia, y (3) en caso de que intervenga un(a) árbitro(a) no admitido(a) al ejercicio de la abogacía, cuando resuelva sobre materias que no le hayan sido sometidas.”

m. Si el laudo no fuera vinculante, cualquiera parte “podrá presentar una moción al tribunal en la que solicite la reinstalación de los procedimientos dentro del plazo jurisdiccional de veinte días siguiente a la notificación del laudo. De solicitarse oportunamente, el caso se colocará en el calendario del tribunal y seguirá su curso como si no se hubiera referido a arbitraje” (R. 8.19). También se ha

1311 En Puerto Rico, un abogado-notario puede ser árbitro, de cumplir con los requisitos establecidos en el “Reglamento”. Por supuesto, al actuar como árbitro, no ejerce su función como fedatario público. Véase, Pedro F. Silva-Ruiz, El notario y los métodos complementarios/alternos para la solución de disputas, en 62-3 y 4 “Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico” págs. 157-167 (oct. – dic. 2001).

dispuesto que “el tribunal estará impedido de inquirir sobre los procedimientos llevados a cabo ante el árbitro, ni sobre la conducta de las partes en el arbitraje o el laudo.”

12. Evaluación crítica

a. Ausencia de abogados en el Negociado. Considerando las funciones y facultades del mismo, es inconcebible esta ausencia. Es crucial el nombramiento de abogados.

b. Ausencia de estadísticas sobre el número de casos sometidos a arbitraje.

c. Falta de procedimientos uniformes para el referimiento de casos de arbitraje.

(1). Jueces que quieren desligarse de casos molestosos, complicados, que llevan años largos ante su atención, y que justifican afirmando que los métodos alternos los agilizarán, pretendiendo una solución rápida luego de que han estado sometidos a su consideración con muy poco progreso por muchísimos años.

d. Actitud de los abogados litigantes: no conocen los métodos, ni se han ocupado de estudiarlos y quieren seguir el “mismo juego” que el tenían/tienen en el tribunal, presentando mociones injustificadas con el propósito de posponer los procedimientos y ganar tiempo, entre otros.

XII. Conclusiones

1. Los tribunales de justicia no pueden constituir el único medio para dilucidar/resolver controversias, disputas, conflictos.

2. Es imprescindible cultivar medios, procesos, mecanismo para solucionar las disputas y conflictos entre partes reclamantes.

3. A pesar de las fallas en varios de esos métodos -- particularmente aquéllos regulados en el REGLAMENTO (1998), como el arbitraje -- hay que continuar cultivándolos, modificándolos en lo que sea conveniente o necesario. No puede haber marcha atrás, con el propósito de que sólo el sistema judicial resuelva controversias, conflictos, disputas, entre otros.

4. El “Negociado” debe modificar la composición de su personal profesional.

5. El sistema de estadísticas en ese “Negociado” también debe modificarse.

6. El referimiento de casos -- sometidos ante la consideración de los tribunales -- no puede depender tan sólo de la discreción de los jueces. No hay ejercicio de sana discreción cuando se refieren/desvían casos sometidos a jueces sin una justificación clara y transparente, particularmente cuando el tiempo transcurrido desde que está sometido a la consideración judicial es bien prolongado.

7. Hay que redoblar los esfuerzos educativos a los abogados litigantes/postulantes ante los tribunales para que desarrollen una actitud diferente ante los métodos alternos para la resolución de disputas /controversias.

©PFSR, 2007.

ACTA PONENCIA: ARBITRAJE INTERNACIONAL

En A Coruña, a 14 de octubre de 2010

ACTA DE LA PONENCIA ARBITRAJE INTERNACIONAL

MESA: Excmo. Sr. D. Josep D. Guardia i Canela (Presidente)

Ilmo. Sr. D. Domingo Bello Janeiro (Coordinador)

Ilmo. Sr. D. Francisco Puy Muñoz (Vocal)

Ilmo. Sr. D. José Luis Conde Salgado (Vocal)

Ilma. Sra. Dña Milagros María Otero Parga (Secretaria)

Siendo las 9:45h toma la palabra D. Josep Guardia i Canela para agradecer la presencia a los asistentes y determinar el orden y el método de trabajo de acuerdo con el cual se desarrollarán las sesiones que se inician con la presentación y defensa de la Ponencia por parte del Coordinador-Ponente.

El Sr. Presidente concede la palabra a D. Domingo Bello Janeiro, que comienza la exposición de la ponencia titulada “El Arbitraje Internacional”, elaborada en la Sección correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Afirma que el Arbitraje es un medio rápido, flexible y eficaz de solución de conflictos en contraste con los largos procesos judiciales. Esta característica le permite a su juicio desterrar o al menos corregir en gran parte algunas prácticas abusivas, convirtiéndolo en una realidad recogida en textos legales e incluso constitucionales de distintos países con marcos normativos similares. Establecidas estas bases el ponente califica el convenio arbitral como síntoma de madurez de una sociedad y consecuentemente reclama la necesidad de fomentar una cultura del arbitraje tendente a conseguir que el arbitraje internacional sea atractivo. Para que sea efectivo continua diciendo, ha de tener un contenido mínimo plasmado documentalmente y, debe concluir con un laudo arbitral con efectos de cosa juzgada entre las partes puesto que eso es lo que lo identifica como verdadera alternativa a la acción judicial.

El Dr. Bello Janeiro concluyó su exposición agradeciendo la atención al público presente en la sala y advirtiéndole que dejaba para más adelante la propuesta de conclusiones. Igualmente agradeció el trabajo de las personas que colaboraron con él en la presentación de la ponencia, confiando en que del trabajo de este congreso resulten puntos de encuentro. Concluye a las 10,50 horas.

El Presidente agradeció la ponencia a todos los relatores de la misma, personalizando su agradecimiento en el Dr. Domingo Bello.

A continuación da inicio al turno de exposición de comunicaciones, con el tiempo máximo señalado de 10 minutos cada una y el siguiente orden:

1- D. Antonio Fernández de Buján “El Arbitraje Internacional de Ius Gentium: La deuda histórica del arbitraje moderno”.

2.- D. Ramón Mullerat, “Consideraciones sobre la independencia y la imparcialidad de los árbitros en el arbitraje internacional y directrices de la IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional”. Debido a la ausencia de este ponente se acuerda dejar su ponencia a disposición de los Sres. Académicos. No obstante el Sr. el Sr. Presidente hace una breve exposición de la comunicación y recomienda su lectura.

3.- D. Rafael Colina Garea, “Las ventajas del procedimiento arbitral por contraposición al proceso judicial”.

4.- D. Marco Gerardo Monroy Cabra “Arbitraje Comercial internacional”. Esta comunicación si bien quedó presentada y a disposición de los señores académicos, no pudo ser leída ya que su autor estaba en ese momento presidiendo la sesión de “Estatuto del Consumidor” en otra sala

5.- D. Ramiro Moreno Baldivieso “Arbitraje Internacional de inversiones. La expropiación indirecta de las inversiones. El caso de Bolivia, denuncia de la convención de Washington”.

6.- D. Fernando Sarmiento Cifuentes, “Tutela contra Laudo Arbitral” en referencia al Ordenamiento jurídico colombiano”.

7.- D. Francisco La Moneda Díaz, “Algunas consideraciones sobre el arbitraje en Iberoamérica en materia de discapacidad”. El Sr. Presidente encareció su lectura, así como las comunicaciones presentadas por D. José Seoane Iglesias y D. Pedro Silva-Ruiz, tituladas “Notas sobre el arbitraje internacional ante la Ley 60/2003, 23 de diciembre” y “El arbitraje en Puerto Rico”.

A las 12,15 horas se terminó la presentación de las comunicaciones y se abrió un turno de intervenciones y ruegos de los Congresistas presentes con un tiempo máximo de intervención de 5 minutos.

El Sr. Cremades interesa que se suprima de la ponencia la referencia al origen anglosajón de Arbitraje, afirmando que esta figura no solo no tiene allí su origen sino que además tiene su máximo desarrollo en los países latinos. El Presidente indica que entiende que esa advertencia debe ir a la sección de conclusiones y no es ese el momento oportuno para incluirla.

El Sr. Efraim H. Richard interviene diciendo que el arbitraje está vinculado directamente al transporte de mercancías por ser un procedimiento tradicional y rápido que sin embargo se fue perdiendo.

El Sr. López Obrador, comenta, que en la cultura arbitral tiene mucho que ver la posición del Estado y que los que tienen mayor control de la actividad económica no son partidarios del arbitraje.

El Sr. Massot, alude a la expresión “si quieres perder clientes haz arbitrajes” y, explica que eso era así por que los abogados de cada parte nombraban un árbitro y la parte que perdía quedaba descontenta, y si el tribunal juzgaba lo entendía como algo irrevocable, pero que hoy esto está superado y hay una experiencia institucional del arbitraje valorada positivamente.

Ante este comentario, el Sr. Presidente agradece la aportación y aprovecha para alabar la Ley de Arbitraje de 1993.

El Sr. Vázquez del Mercado, habla de los principios jurisprudenciales dentro del arbitraje internacional.

El Sr. Fernández de Buján, alude a la asimilación de los arbitrajes a los juicios avisando de que esta situación puede hacer perder la personalidad al propio arbitraje. Concluye llamando la atención igualmente sobre el hecho de que a su juicio un excesivo apoyo judicial al arbitraje sería peligroso.

El Sr. Cala, habla sobre la cultura del arbitraje en el entorno, afirmando que el hecho de que desaparezca el arbitraje de equidad es la antesala de la muerte del arbitraje.

El Sr. Moreno Baldivieso, comenta que el Sr. Mullerat hizo una enumeración de las condiciones de los árbitros pero sería necesario estudiar de forma pormenorizada el problema de la inmunidad de los árbitros una vez librado el laudo pues ésta es una de las debilidades del arbitraje, porque al que pierde no le gusta perder. En función de ello se pregunta ¿Qué protección se puede dar al árbitro?. En otro orden de cosas plantea el problema sobre la modificación de la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos.

El Sr. Presidente da por finalizado el turno de intervenciones e interesa al Ponente que proceda a la lectura de las Conclusiones. El Ponente toma la palabra para hacerlo y después de un largo debate, en el que se toman en cuenta las consideraciones de los presentes en la sala, se hace una nueva formulación con 14 conclusiones que son aprobadas para su presentación al Pleno.

El Presidente declara cerradas las sesiones de la ponencia y siendo las 19,00h se levanta la sesión, y en prueba de conformidad, la Secretaria extiende la presente acta, que firma con el VºBº del Presidente.

CONCLUSIONES PONENCIA: ARBITRAJE INTERNACIONAL

1. El arte y la técnica del arbitraje conocidos y practicados históricamente y regulados en el derecho romano conoce gran auge en el S. XX como un medio importante para la resolución de conflictos.

2. La flexibilidad, el antiformalismo y la máxima libertad hacen del arbitraje uno de los más recomendables para la solución de conflictos internos e internacionales.

3. Para que el arbitraje sea verdaderamente eficaz y mantenga su reputación como institución, es preciso adoptar unos niveles legales y éticos elevados, y respetarlos. Entre ellos, la independencia y la imparcialidad de los árbitros, garantizándose en todo momento su indemnidad para el ejercicio correcto de la función arbitral.

4. Se recomienda igualmente la máxima diligencia en la elección de los árbitros, ya que éstos se constituyen en pilares de trascendental importancia para el buen fin del arbitraje.

5. Por lo que se refiere a la elección de árbitros, y en caso de no designación por las partes, se recomienda indicar expresamente de partida el sometimiento a una institución.

6. Junto al arbitraje comercial y financiero propiamente dicho se sugiere prestar especial atención, por su máxima relevancia, al arbitraje de inversión.

7. La entrada en vigor de la Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, supone un cambio sustancial en el funcionamiento de esta institución, que propicia la creación de las condiciones necesarias para hacer de España un referente en la materia por la celeridad, eficacia y flexibilidad de los arbitrajes que refuerza la seguridad jurídica de los laudos y su ejecución y reconocimiento.

8. Con ello se sientan las bases para que España pueda convertirse en un país de atracción para la realización de arbitrajes internacionales, fomentando el intercambio económico y cultural entre nuestras empresas y ciudadanos con el resto de los países, especialmente iberoamericanos, favoreciendo la movilización de capitales al tiempo que se aumenta la seguridad jurídica de las inversiones en el extranjero.

9. En una economía global caracterizada por el incremento constante de los flujos comerciales internacionales, es imprescindible armonizar el Derecho que la ordena, y, singularmente, el régimen jurídico del arbitraje, tanto interno como externo, lo cual facilitaría que se pacten convenios arbitrales.

10. Se propone que los árbitros sean especialistas en la materia objeto de controversia, atendiendo a su especial cualificación para su nombramiento en virtud de sus conocimientos y formación. Asimismo, se recomienda potenciar sus competencias con la potestad de dictar medidas cautelares, e, igualmente, agilizar el procedimiento, y dotar de fuerza ejecutiva al laudo en todo caso, sin que la acción de anulación suspenda su ejecutividad.

11. Sugerir a los Estados que incluyan en su legislación las modificaciones precisas a fin de que sus instituciones puedan someter a arbitraje la solución de conflictos derivados de la contratación internacional.

12. El arbitraje comercial internacional es manifestación de la libertad contractual de los ciudadanos. El desconocimiento de la normativa y el incumplimiento de los laudos arbitrales, así como las denuncias de los tratados que los contemplan bajo un régimen de inversiones para evitar su aplicación, afectan, no solo al desarrollo económico por propiciar el aislacionismo, sino también a la

seguridad jurídica propia del Estado democrático de Derecho y por configurar un elemento de riesgo en materia de relaciones económicas internacionales.

13. Se reconoce la importancia del arbitraje de equidad y su mantenimiento para los conflictos internacionales e internos puesto que es manifestación de la libertad contractual de las partes sin que haya razón justificativa alguna para limitar su existencia.

14. Todos los países iberoamericanos deberían de favorecer sus posibilidades como sedes de arbitrajes sobre conflictos comerciales internacionales. España, y en particular Galicia, gracias a las singulares afinidades con Iberoamérica, que suponen una importante ventaja competitiva, pueden aprovechar el nuevo marco normativo, para potenciarse como sede atractiva y moderna de los futuros arbitrajes internacionales, para lo cual ha de tenerse en cuenta también el notable incremento del volumen de inversión de las empresas españolas en el extranjero en sectores estratégicos.

PONENCIA:
ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

“ESTATUTO DEL CONSUMIDOR”

**Comité de la Academia Gallega de
Jurisprudencia y Legislación:**

Coordinador: José Ricardo Pardo Gato

Miguel Ángel Pérez Álvarez

José Luis García-Pita y Lastres

Victoria de Dios Vieitez

Antonio Fraga Mandián

Augusto José Pérez-Cepeda Vila

Roberto Rodríguez Martínez

SUMARIO

I.– PRELIMINAR. II.– LOS CONTRATOS DE CONSUMO: LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR O USUARIO COMO CONTRATANTE. 1.– RÉGIMEN GENERAL DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO. *a.– Consumo, contratos de consumo y Derecho positivo. b.– Las fuentes instrumentales del Derecho de los contratos de consumo.* **2.– LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y EL CICLO VITAL DEL CONTRATO: FASE PRECONTRACTUAL.** *a.– El consentimiento contractual y la libertad de los consumidores: La iniciativa contractual y la promoción de ventas. a.1. Control de las técnicas promocionales. a.2.– Publicidad, libertad del destinatario del mensaje publicitario y transparencia publicitaria. b.– Libertad del Consumidor e información precontractual. c.– La Protección del Consumidor, mediante la “Integración publicitaria del Contrato”.* **3.– LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y EL CICLO VITAL DEL CONTRATO: FASE DE PERFECCIÓN.** *a.– La Perfección del contrato de consumo: la manifestación del consentimiento. b.– La eficacia vinculante, el derecho de desistimiento y la intangibilidad del Contrato, en los contratos de consumo.* **3.– LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y EL CICLO VITAL DEL CONTRATO: FASE DE EJECUCIÓN.** *a.– Régimen aplicable al Contrato de Consumo. b.– Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas, en los contratos de consumo. b.1.– Privación de derechos básicos del consumidor. b.2.– Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional. b.3.– Falta de reciprocidad. b.4.– Cláusulas abusivas en materia de garantías (las denominadas “sobregarantías”). b.5.– Otras cláusulas abusivas. b.6.– Consecuencias del carácter abusivo y normas de control de las cláusulas predispuestas, en la contratación con consumidores. c.– La ejecución del contrato de consumo: garantías de conformidad. d.– El precio y su pago.* **III.– LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO DEL DERECHO**

PROCESAL. 1.– LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. *a.– La capacidad para ser parte. b.– La capacidad procesal. c.– Legitimación. d.– La intervención procesal. e.– La competencia territorial en materia de consumo. f.– Diligencias preliminares de determinación de los consumidores perjudicados. g.– La sentencia dictada en los procedimientos instados por las asociaciones de consumidores y usuarios. h.– La cosa juzgada material. i.– Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin intervención individual de beneficiarios. j.– Otras cuestiones procesales relativas a consumidores y usuarios. j.1.– Acumulación de procesos. j.2.– Cuantía de las multas coercitivas. j.3. Caución en las medidas cautelares.* **2.– LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LEYES SUSTANTIVAS ESPECIALES.** *a.– Introducción. b.– Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. b.1.– Derecho de desistimiento. b.2.– Condiciones generales y cláusulas abusivas. b.3.– Contratos celebrados a distancia. b.4.– Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles. b.5.– Garantías. c.– Ley del Comercio Minorista. d.– Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. e.– Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución de precio. f.– Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.* **IV.– CONCLUSIONES. 1.– DERECHO MATERIAL.– 2.– DERECHO PROCESAL.**

I.– PRELIMINAR.

Teniendo en cuenta que el núcleo fundamental de las relaciones jurídicas vinculadas con el fenómeno del consumo se circunscribe al ámbito propio de las obligaciones y contratos ha parecido oportuno referir la primera parte de la ponencia a la protección del consumidor o usuario en su condición de contratante, desde un punto de vista marcadamente sustantivo.

Del mismo modo, por su notoriedad y la relevancia que representa en el contexto del Derecho del consumo, un segundo bloque se destina en su integridad al ámbito procesal de la protección del consumidor o usuario, prestando especial atención a las acciones procedimentales en su defensa, ya sea individual, o bien se trate, singularmente, de la protección de los intereses colectivos, ora difusos, de los consumidores y usuarios, también, por ende, desde la perspectiva del asociacionismo.

En todo caso, la división de la ponencia en estos dos grandes bloques temáticos, en el seno de lo que cabría calificar como *Estatuto del Consumidor*, no debe llevarnos en ningún caso a pensar que se trate de un acotamiento, cerrado, de la cuestión objeto de debate, por cuanto aunque tales subtemas abordan los aspectos primordiales del asunto, a lo largo de la disertación de la ponencia y de las comunicaciones susceptibles de exposición y/o aceptación puedan derivarse distintos elementos también de interés transversal, directo o indirecto, sobre el tema, ello sin perjuicio de su posible reflejo en la asunción de las conclusiones definitivas que finalmente se han objeto de aprobación en el Pleno.

En este sentido, como colofón al texto de la presente ponencia se recoge una relación de conclusiones detallada –llamémosles– provisionales que se vierten al final de la misma, susceptibles de adaptación, modificación o, en su caso, supresión, en función –como decimos– de su aprobación o no en dicho Pleno, a la vista de las comunicaciones o enmiendas, en su caso, presentadas.

II.– LOS CONTRATOS DE CONSUMO: LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR O USUARIO COMO CONTRATANTE.

1.– RÉGIMEN GENERAL DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO.

a.– Consumo, contratos de consumo y Derecho positivo.

Hace ya casi cuatro décadas, el Prof. Ángel LATORRE, catedrático de Filosofía del Derecho –con el propósito de mostrar la incidencia de lo jurídico, en la vida de las personas– decía lo siguiente: “*En*

la vida cotidiana realizamos con frecuencia actos o nos encontramos en situaciones que nos ponen en contacto con el Derecho. Subir a un autobús, tomar localidades para una sesión de cine, comprar el periódico, son actos que tienen una trascendencia jurídica, aunque casi nunca reparamos en éllo: podemos exigir que el autobús nos transporte a un lugar determinado o que se nos deje entrar en la sala de proyecciones para ver el espectáculo; adquirimos la propiedad del periódico, perdemos la del dinero que hemos pagado” (1312). Estas palabras bien podrían revelar un hecho muy significativo: que los tres ejemplos citados pueden incardinarse o ser estudiados, precisamente, dentro de la asignatura que, en los planes tradicionales de las Facultades de Derecho españolas, se denomina Derecho “*Mercantil*” y que en otros ordenamientos se conoce como Derecho “*comercial*” (1313). Mas si hoy cabe traer a colación –una vez más– el mismo texto, es porque también revelaría otro hecho, igualmente significativo; a saber: que, si los tres ejemplos citados pueden incardinarse dentro de la disciplina del Derecho “*Mercantil*”, igualmente puede decirse de ellos que todos –siquiera, potencialmente– describen *relaciones de consumo*, de tal modo y manera que resulta obvia su pertenencia, no sólo al citado Derecho Mercantil, sino también a ese otro –hipotético– agregado normativo diferente, que se conoce como Derecho de los *Consumidores*; Derecho del *Consumo* etc.

Pues bien; precisamente tomando como base el texto reproducido, y como colofón a estas primeras consideraciones quisiera señalar que, del mismo modo que una simple lectura del articulado del Código de comercio español, de 22 de agosto de 1885 (1314), revela que una parte muy sustancial del Derecho mercantil está formada por normas e instituciones de Derecho de *obligaciones y contratos* (1315)

1312 LATORRE,A.: “*Introducción al Derecho*”, edit. Ariel, S.A., 7ª ed., Barcelona, 1976, p. 1.

1313 A decir verdad, la noción de Derecho “mercantil” solamente se utiliza en España, mientras que otros muchos países prefieren servirse de la noción de Derecho comercial –“*Droit commercial*”, “*Diritto commerciale*”, “*Commercial Law*”–, cual sucede en ordenamientos iberoamericanos [MADRINÁN DE LA TORRE,R.: “*Principios de Derecho comercial*”, edit. Temis, 5ª ed. corregida y puesta al día, Sta. Fe de Bogotá, 1993 p. 1].

1314 RUIZ MUÑOZ.M.: “Introducción a la Contratación mercantil”, ACDoc., 2003, nº 29, de 14.7.03/20.7.03, p. 786.

1315 VAN RYN/HEENEN.: «*Principes de Droit commercial*», t. III, edit. ÉTABLISSEMENTS EMILE BRUYLANT, 2ª ed., Bruselas, 1981, p. 3. BOY,L.: «*Le cadre civil des affaires*», edit. Economica, París, 1989, pp. 14 y 16 y ss., quien habla –explícitamente– de «*la dominance du Droit des obligations dans les sociétés marchandes*». Respecto de la importancia de los negocios jurídicos y de los contratos, en el “*Derecho del Comercio internacional*”, vid. JACQUET,J-M. y DELEBECQUE,Ph.: «*Droit du Commerce international*», edit. Dalloz, París, 1997, pp. 119 y 121.

En la obra de los norteamericanos SPEIDEL,R.E., SUMMERS,R.E. y WHITE,J.J.: “*Commercial and Consumer Law. Teaching materials*”, edit. West Publishing Co., 3ª ed., St.Paul, Minn., 1981, p. 1 –cuyo título significa, literalmente: “Derecho comercial y de los consumidores”–, se afirma por los autores que, dentro de la aparente diversidad de su contenido –que incluye: garantías reales (“*security*”), protección del consumidor, compraventa y efectos de comercio (“*commercial paper*”)– existe un común denominador: su índole contractual. Así, el libro podría ser contemplado como un “*curso avanzado de derecho de contratos*”. Y no sólo esto, sino que –además– de entre las fuentes legales sobre las que principalmente versaría dicha obra, destacaría –en primerísimo plano– el “*Uniform Commercial Code*”; una obra de origen privado, aunque oficializada por su adopción en los diferentes estados de la Unión, que centra su atención en las transacciones entre comerciantes [SPANOGLE,J.A. y ROHNER,R.J.: “*Consumer Law. Cases and materials*”, edit. West Publishing Co., St.paul, Min., 1979, p. LIII]. Aunque, a este respecto, deberíamos hacer la advertencia de que la expresión “Derecho comercial” no tiene –en el Derecho norteamericano– un sentido del todo equiparable al que posee en nuestro Ordenamiento. Y, de hecho, las normas del “*Uniform Commercial Code*” pueden ser aplicadas a transacciones contractuales no empresariales –es decir: a las que ni siquiera son unilateralmente empresarial, sino estrictamente privadas: las operaciones de consumo [EPSTEIN,D.G. y MARTIN,J.A.. “*Basic Uniform Commercial Code. Teaching materials*”, edit. West Publishing Co., 2ª ed., St.Paul, Minn., 1983, p. 5, quienes expresan esta circunstancia en los siguientes términos: “*Análogamente, el “Uniform Commercial Code” no es enteramente “comercial”. Por ejemplo, el artículo 2 del UCC. se aplicaría a la venta que hiciese Ernie de su patito de goma a Gunther Toody*”]

Sea como fuere, incluso los civilistas han de reconocer que existen regímenes especiales de Derecho de Obligaciones, entre los que se cuentan el Derecho mercantil de obligaciones, el Derecho de títulos-valores o el Derecho de Seguros [KRAMER,E.A.: “*Einleitung*”, en VV.AA.: “*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*”, t. II, “*Schuldrecht Allgemeiner Teil (241-432)*”, dir. H.Heinrichs, edit. C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 2ª ed., Munich, 1985, p. 7], y –por lo que al Derecho español se refiere– que dentro de las fuentes objetivas del Derecho sustantivo de obligaciones y contratos, se encuentra el articulado del Código de comercio de 22 de agosto de 1885

y ⁽¹³¹⁶⁾; figuras cuya presencia en esta rama especial del Derecho no sólo es abrumadora en términos cuantitativos, sino que tiende a incrementarse sucesivamente con una creciente variedad de figuras nuevas, como consecuencia del intenso dinamismo del tráfico empresarial ⁽¹³¹⁷⁾. Así, también, es posible afirmar que el núcleo fundamental de las relaciones jurídicas relacionadas con el fenómeno del Consumo, pertenecen al ámbito de las relaciones obligatorias y contractuales: el *Consumo* es, sobre todo, una actividad *basada en la contratación* de bienes y servicios.

El Ser Humano y los grupos en que se integra afrontan necesidades vitales diversas, y –para cubrir las– debe llevar a cabo elecciones económicas relacionadas con la aplicación óptima de recursos escasos ⁽¹³¹⁸⁾. Desde hace mucho tiempo, debido al proceso de *especialización y división del trabajo* ⁽¹³¹⁹⁾, esta actividad conduce a *la adquisición, ora de los bienes ora del trabajo producidos o suministrados por otros*. Pero la adquisición plena o temporal de los productos y los servicios ajenos no queda reservada a los comerciantes, en su actividad de intermediación, sino que también es una conducta *característica de los particulares* no profesionales, que –cuando concurren ciertas condiciones o circunstancias– los convierte en *consumidores* ⁽¹³²⁰⁾.

La noción de “*consumidor*” ha experimentado, a lo largo del tiempo, un proceso de evolución, cuyo proceso partió de una noción muy restringida; una noción mínima, que identificaba –y se limitaba– a los consumidores como meros *compradores* de productos *alimenticios y farmacéuticos* ⁽¹³²¹⁾. Posteriormente, la noción que analizamos fue expandiéndose o ensanchándose, para incorporar en su seno al mero contratante que adquiere bienes y/o servicios ⁽¹³²²⁾. Luego, la noción pasó a incorporar a todo sujeto del tráfico económico *contrapuesto o enfrentado a la empresa organizada* ⁽¹³²³⁾, y –posteriormente– sufrió ciertas adaptaciones o matizaciones. Hoy, al parecer, es claro que consumidores

[GARCÍA AMIGO,M.: “*Teoría General de las Obligaciones y Contratos*”, en “*Lecciones de Derecho civil*”, t. II, edit. McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. XLIII].

- 1316 De hecho, MARTY,G. y RAYNAUD,P.: “*Droit civil. Les obligations*”, t. I, «*Les Sources*», edit. Sirey, 2ª ed., Paris, 1988, p. 7, para enfatizar la importancia del Derecho de Obligaciones, afirman que “*desde el punto de vista práctico, la teoría de las obligaciones constituye la base del Derecho de los negocios (“Droit des affaires”)...*”, que –como sabemos– es una de las construcciones más modernas elaboradas, respecto de la noción, la naturaleza y las perspectivas evolutivas del Derecho mercantil.
- 1317 BELTRÁN SÁNCHEZ,E. y NIETO CAROL,U.: “Presentación” de VV.AA.: C. D. y C., 1998, nº monográfico “*Contratación mercantil*”, p. 9.
- 1318 LIPSEY,R.G.: “*Introducción a la Economía Positiva*”, trad. y adaptación a la economía española por J.Tugores, edit. edit. Vicens Vives, S.A., 12ª ed. española, de la 7ª ed. inglesa, Barcelona, 1996, pp. 3 y ss. IMMENGA,U.: “*El Mercado y el Derecho. Estudios de Derecho de la Competencia*”, edición y traducción por J.M.Embid Irujo, C.Estevan de Quesada, Mª.L.Ferrando Villalba y F.González Castilla, edit. Tirant lo Blanch/Universitat de Valencia, Valencia, 2001, p. 18. GARCÍA-PITA y LASTRES,J.L.: “La Sociedad Anónima Familiar cotizada (i) [El acceso de las empresas familiares al mercado de capitales]”, en VV.AA.: “*El Patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*”, coordinadores generales M.Garrido Melero y J.M.Fugardo Estivill, t. V, “*Capitalización, inversión y financiación de la empresa familiar. El acceso a Bolsa*”, coordinador sectorial F.Vicent Chuliá, edit. Consejo General del Notariado/BBVA/edit. Bosch, S.A., Barcelona, 2005, pp. 652 y ss.
- 1319 LIPSEY,R.G.: “*Introducción...*”, cit., 12ª ed. esp. de la 7ª ed. inglesa, p. 9.
- 1320 FONT GALÁN,J.I.: “La protección de los consumidores en el Derecho privado: del viejo Derecho de los comerciantes, al nuevo Derecho de los Consumidores”, en VV.AA.: “*Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*”, coord. por J.I.Font Galán y F.López Menudo, edit. Ministerio de Sanidad y Consumo-Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, p. 25.
- 1321 GÓMEZ CALERO,J.: “*Los derechos de los...*”, cit., p. 41.
- 1322 En su “*Casebook*” sobre “*Consumer protection laws*”, SPANOLGE,J.A. y ROHNER,R.J.: “*Consumer Law. Cases and materials*”, edit. WEST PUBLISHING Co., St.Paul (Minn.), 1979, p. XV, restringían el ámbito material a tratar a las denominadas “*consumer transactions*”, que definían como “*those in which individuals enter into contractual arrangements for the purchase of property or services, or for the borrowing of money*”, renunciando a tratar otras materias tales como la responsabilidad civil de productos y la regulación de calidad y seguridad de productos, o las transacciones de consumo inmobiliarias, etc., a pesar de que se trata de “*transactions in which consumers engage*”.
- 1323 GÓMEZ CALERO,J.: “*Los derechos de los...*”, cit., p. 41.

y usuarios, lo son todos los que adquieren –con carácter de destinatarios finales– bienes de consumo, o se sirven o utilizan servicios públicos o privados (1324).

Desde hace tiempo, la Doctrina jurídica española viene defendiendo la tesis de que existen, cuando menos, dos nociones o conceptos de “Consumidor”: en primer lugar, un concepto amplio; una noción abstracta que aparentemente identifica al “*consumidor*” con el *ciudadano*, sin otra cualificación –ni siquiera, la cualidad negativa de no ser empresario–. Pero existe, también, un segundo concepto, restringido, que identifica al Consumidor con el destinatario final de los productos o servicios (1325). Para ese mismo amplísimo sector de la Doctrina jurídica española, ambas nociones habrían encontrado acogida en nuestro Ordenamiento positivo: la amplia, la habría situado en el art. 51 Const.Esp., y la restringida, en la vieja Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) de 1984 (1326).

Sin embargo, el vigente art. 3º del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TRLGDCU), ha optado por recurrir a una noción *amplia*, pero no *universal* de Consumidor, siguiendo –p.e.– el modelo de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (LCrC), y –así– establece que: “[a] efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. Por consiguiente, se ha eludido la referencia a ser los destinatarios finales de los productos o servicios, sustituyéndola por este nuevo criterio –actuar “en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”–, lo que, en nuestra opinión, merece, a la vez, aplauso y crítica: aplauso, porque con independencia de lo complejo que puede ser determinar qué es –o cuándo se es– un destinatario “*final*”, resulta evidente que las operaciones para uso o consumo empresarial no pueden considerarse verdaderas operaciones de consumo, y que el hecho de que un empresario o profesional obtengan de otro bienes o servicios no puede ser valorado de la misma forma, dependiendo de la situación concreta en que el empresario o profesional adquirente haya adquirido o utilizado tales bienes o servicios: mejor es resaltar o enfatizar que el acto de consumo se produce cuando quien lo lleva a cabo, como consumidor, “[actúa] en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

En cuanto a la crítica, la omisión de toda referencia a la contraparte, a la contrafigura dialécticamente enfrentada al Consumidor –que, en cambio, aparece en otros preceptos– nos oculta un hecho fundamental: el Consumidor siempre lo es, de modo necesario e ineludible, por cuanto se opone a un *empresario* o *profesional*. Y esto, p.e., lo reflejaba con algo más de claridad la alusión a que el Consumidor era destinatario final de los bienes o servicios.

1324 GÓMEZ CALERO, J.: “Los derechos de los...”, cit., p. 41, la vinculación de los consumidores [de bienes o productos] y los usuarios [de servicios]; su unión o reunión, dentro de una misma categoría general, a los efectos del Derecho del Consumo, puede apreciarse, ya, en la “Carta de Protección de los Consumidores”, de 1973 o el “Programa Preliminar de la CEE. para una Política de Protección e Información a los consumidores”, de 1975.

1325 Concepto utilizado, en la Doctrina norteamericana por EPSTEIN, D.G. y NICKLES, S.H.: “*Consumer Law*”, edit. West Publishing Co., 2ª ed., St. Paul, Minn. 1981, p. 1. Por lo que a nuestro País se refiere, señala BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “*Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*”, edit. Tecnos, S.A., Madrid, 1987, pp. 120 y ss., que –al contrario que el Estatuto del Consumidor del País Vasco– la LGDCU. ha utilizado una noción concreta de “Consumidor”, que lo identifica con el destinatario final de los productos o servicios, que los adquiere para su uso o consumo personal o familiar, pero no para integrarlos en un proceso productivo/empresarial.

1326 Cuyo art. 1º, nºs. 2 y 3, disponía lo siguiente: “A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”, añadiendo que “[n]o tendrán la consideración de consumidores o usuarios, quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Aunque no debe identificarse al *consumidor* con el *contratante*, ciertamente *contratar* es una vía o cauce de primer orden, para *devenir consumidor*. Los consumidores, consumen, y frecuentemente consumen *porque* contratan; es decir: porque intervienen como parte contratante, en la conclusión de negocios jurídicos de naturaleza contractual; es decir: intervienen como “*partes*” en la celebración de *contratos*, que son –precisamente– contratos de *consumo* ⁽¹³²⁷⁾. Pues bien; el TRLGDCU se hace eco de esta realidad, al dedicar su Lib. II, en términos generales, a los contratos con consumidores y usuarios. Y, así, el art. 59 TRLGDCU se ocupa de ofrecer una definición legal de los “*contratos con consumidores y usuarios*”.

Ahora bien, la mejor forma de describir lo que sea el Derecho del Consumo es calificarlo como un “*nuevo estado de la materia*” jurídica, lo que significa –como veremos– que el Derecho del Consumo es “*algo más*” que un mero agregado normativo, dotado de simple especialidad docente e investigadora, pero significa, también, que probablemente *no podría ser calificado*, tampoco, *como un Derecho especial*, cuando menos por lo que al Ordenamiento jurídico español se refiere.

La Física nos enseña que la materia conoce tres fases o estados: sólido, líquido y gaseoso [caracterizados estos dos últimos como *fluidos*], que revelan las propiedades físicas de la materia, en función del grado –mayor o menor– de unión o enlace entre sus moléculas. Una misma sustancia –el agua–, formadas sus moléculas por la misma combinación de átomos [H₂O], puede hallarse estado sólido –hielo– cuando dichas moléculas se presentan en un volumen y con una forma definidas y tan estables, que su alteración exige la aplicación de una fuerza considerable... También puede hallarse en estado gaseoso [vapor de agua], de modo que ni su forma ni su volumen son definidos ni estables, pudiendo expandirse hasta ocupar la total cabida del recipiente donde se quisiera almacenar. Aunque lo normal, en el caso del Agua, es que se halle en estado líquido, de manera que poseerá un volumen definido y estable, pero no una forma *tal*, ya que adoptará la del recipiente en que se contenga. Y –sin embargo– los componentes atómicos y moleculares del Agua son los mismos, cualquiera que sea el estado en que se halle ⁽¹³²⁸⁾. Es más; algunas sustancias no solamente puede presentarse en diferentes estados de la materia, sino que, cuando se manifiestan en algunos de ellos, adquieren propiedades físicas sorprendentes: no hay más que pensar en la superconductividad de ciertos gases cuando adoptan –a bajísimas temperaturas– el estado líquido. Pues bien: en un sentido metafórico, este mismo fenómeno puede producirse en el mundo del Derecho. Y el Derecho del Consumo constituye una prueba evidente. Por este motivo cabe afirmar que el llamado Derecho del Consumo no es, en realidad, sino un nuevo “*estado físico*” de la materia *jurídica*, que –en ese estado– presenta unas *propiedades jurídicas peculiares* y sorprendentes: alteraciones en la naturaleza, dispositiva o cogente, de las mismas normas; alteraciones en la propia índole de las relaciones reguladas, etc.

Sin embargo, lo anteriormente expuesto no empece –en nuestra opinión– a que el Derecho del Consumo también tenga una parte de propio *agregado normativo*, integrado por una serie de disposiciones legales o reglamentarias –verdaderas fuentes instrumentales del Derecho–, que en ciertos casos pueden ser *propias*, si por propias entendemos *privativas*; es decir: directa, específica y exclusivamente diseñadas para regir relaciones socioeconómicas de consumo, y no otras que no lo sean. Pero, en cambio, ni las fuentes materiales del Derecho del Consumo, ni las formales, ni siquiera –propriamente– el sistema de prelación de las mismas, presentan especialidad alguna. Es más; de las fuentes instrumentales, a las que se ha hecho referencia, las que pueden considerarse *propias*, entendiendo por tales, las que sean *privativas* del Derecho del Consumo, ni siquiera son todas las que regulan esta materia, sino que, a todo lo largo y ancho de nuestra Legislación positiva, existen *normas proyectadas* –más o menos– *directamente para proteger a los consumidores*, que pueden

1327 Una mayor propensión a, si no identificar, sí aproximar o asimilar al “Consumidor” con el “Contratante” que adquiere bienes o servicios, para satisfacer sus necesidades personales, y no profesionales, puede apreciarse en GHESTIN, J.: “*La Formation du Contrat*”, cit., p. 54.

1328 CROMER, A.L.: “*Física para las Ciencias de la Vida*”, versión española por J. Casas Vázquez y D. Jou Miravent, edit. Reverté, S.A., 2ª ed., Barcelona/Bogotá/Buenos Aires/Caracas/México, 1992, p. 146.

encontrarse incardinadas en disposiciones legales y reglamentarias numerosísimas –de hecho, incontables–, que, por sí mismas, son ajenas a la problemática del Consumo: baste pensar, p.e., en la legislación *procesal*. La Ley nº 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), ha sido especialmente sensible a la necesidad de protección de los consumidores, en el marco de los procesos civiles, principalmente a través de interesantes reformas en materia de *legitimación procesal*, al reconocer –con carácter general– diversos supuestos de capacidad y legitimación procesal *colectivas*. En este sentido, el art. 6, nº 1, apdo, 7º, LEC, se refiere precisamente a los “*grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que los compongan estén determinados o sean fácilmente determinables*” (1329). Y, por su parte, los arts. 11 y 13, LEC reconocen la “*legitimación procesal*” de las “*asociaciones de consumidores y usuarios*”, además de abrir el proceso a quienes posean la condición de “*consumidores*”, cuando el objeto del proceso consista en la “*protección de sus derechos e intereses colectivos*”.

El llamado “Derecho del Consumo” –desde la perspectiva de sus componentes normativos y de sus fuentes instrumentales– es un agregado jurídico interdisciplinar (1330), toda vez que engloba normas jurídico-públicas y jurídico-privadas (1331). Más aún, podría decirse –mejor que “interdisciplinar”– que es un Derecho “*transversal*”; un Derecho que toma prestadas normas de la más diversa índole, a todo lo largo y ancho del Ordenamiento jurídico... para aplicarlas en las transacciones de consumo, en las que resulten objetivamente aplicables, de acuerdo con el principio de “*favor utentis*”. Por este motivo, aunque el Derecho de los consumidores tenga una de sus manifestaciones más importantes en el ámbito contractual (1332), sin embargo no se circunscribe exclusivamente a este ámbito, sino que la protección de los consumidores se extiende a aspectos ajenos a la esfera de lo contractual.

En cambio –y por su parte–, desde la perspectiva de su objeto, desde la perspectiva de las relaciones socioeconómicas a las que afecta, el Derecho del Consumo es un agregado normativo inespecífico: no se ocupa de regular relaciones o instituciones jurídicas determinadas; ni siquiera –propriadamente– sectores económicos determinados, sino que afecta a todo tipo de contratos, negocios u operaciones, cualquiera que sea su índole y a todo tipo de sectores y mercados económicos, siempre que aquéllos, económicamente, constituyan actos de consumo y siempre que en el seno de éstos –sectores y mercados–, se lleven a cabo tales actos. Esta propiedad o nota característica se deduce de los propios términos del art. 1º, nº 2, LGDCU, cuando –al definir quiénes son consumidores y usua-

1329 MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.: “*El Nuevo Proceso Civil (Ley 1/2000)*”, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 71.

1330 GÓMEZ CALERO, J.: “*Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*”, edit. Dykinson, S.L., Madrid, 1994, p. 27, quien califica al Derecho de los Consumidores como “*emergente y multidisciplinar*”.

1331 Implícitamente BOTANA GARCÍA, G.A.: “*Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*”, edit. J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994, ps. 18 y s. o REYES LÓPEZ, Mª.J.: “*Derecho del Consumo. La protección del Consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, Legislación y Jurisprudencia*”, edit. Editora General de Derecho, S.L., Valencia, 1993, p. 26.

1332 Por la quiebra de la confianza en el principio de la autonomía de la voluntad, de modo que –mediante las normas de defensa de los consumidores– se intenta proteger los legítimos intereses económicos de los mismos, a través de ciertas limitaciones a la libertad contractual –y por tanto a la libre actividad económica– de los propios consumidores, pero –sobre todo– de los empresarios, que, apoyándose en su situación de predominio y de poder económico, podrían imponerles cláusulas contractuales abusivas [Vid. POLO SANCHEZ, E.: “La protección del consumidor en el Derecho privado”, en VV.AA.: “*Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*”, edit. Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, pp., 824 y ss. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: “La protección...”, cit., pp. 22 y s. BROSETA PONT, M.: “Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los consumidores”, en VV.AA.: “*Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*”, edit. Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, pp. 82 y ss. OTERO LASTRES, J.M.: “La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación”, en R.J.C., 1977, nº4 octubre/diciembre, pp. 760 y ss. DE LA CRUZ LAGUNERO, J.M. y CUENCA ANAYA, F.: “Influencia del derecho público sobre el derecho de la contratación”, en RDN., 1988, nº CXL, abril/junio, pp. 138 y ss., entre otros].

rios— refiere esta condición a los que “*adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones*”. No hay otra aclaración, matización o especificación, de modo que —en principio— todos los bienes, productos, servicios, actividades o funciones, pueden proporcionarse y —correlativamente—

b.— Las fuentes instrumentales del Derecho de los contratos de consumo.

Parafraseando las conocidas palabras de ORTEGA, cabría decir que los contratos con consumidores y usuarios “*son ellos y su circunstancia*”, y cualquier aproximación introductoria de carácter analítico debe fijar su atención en tres puntos o cuestiones que deben ser planteados y resueltos en un determinado orden lógico: el *cómo*, el *por qué* y el *qué* son los contratos de consumo. Por lo que hace a la primera cuestión —“*cómo son*” los contratos con consumidores y usuarios—, es preciso comenzar señalando que, dentro del conjunto del Derecho privado de Obligaciones y contratos, los contratos de consumo están sometidos a un sistema propio de fuentes instrumentales. Así, frente a la regulación del Contrato, en general, y de cada tipo contractual, en particular, que se contienen —con ciertas pretensiones de generalidad y globalidad— en nuestros diferentes códigos de Derecho privado —el Código Civil (CC) y el Código de Comercio (CCo)—, los contratos con consumidores y usuarios se rigen, hoy, por los preceptos del TRLGDCU y de otras leyes, como —p.e.— la Ley 7/1998, de 13.04.1998 (LCGC), la LCRC./1995, la Lcom.SFDis./2007 o la Ley 43/2007, de 13.12.2007, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio (LOf.Rest.), experimentando —también— la influencia, quizá oblicua o indirecta, de la Ley 7/1996, de 15.01.1996, de Ordenación del Comercio Minorista; disposiciones a las que hay que añadir otras, más recientes, como la Ley 29/2009, de 30.12.2009, por la que se modifica el régimen legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para la mejora de la protección de los consumidores, la Ley 1/2010, de 01.03.2010, de reforma de la Ley 7/1996, de 15.01.1996, de Ordenación del Comercio Minorista; la Ley 16/2010, de 13.11.2010, de Servicios de pago; los RR.DD. n.ºs 199, 200 y 201/2010, de 26.02.2010, respectivamente, de regulación del ejercicio de la *Venta ambulante*; de modificación del RD. 1882/1978, sobre canales de comercialización de productos agropecuarios y pesqueros para la alimentación, y el RD. 225/2006, por el que se regulan determinados aspectos de las *ventas a distancia* y la inscripción en el registro de empresas de venta a distancia, para su adaptación a la Dir.CE 2006/123/CE., y de regulación del ejercicio de la actividad comercial en régimen de *franquicia*; leyes y disposiciones administrativas especiales, calificadas —más o menos directamente— como consumeristas y promulgadas en número creciente, lo cual revela —al parecer— que esta línea de regulación *separada* tiende a continuar.

Por consiguiente, los contratos con consumidores y usuarios son contratos que, ante todo, *se rigen por leyes especiales*, dedicadas a los *consumidores y usuarios*, aunque las leyes generales les resulten, también, de aplicación, e incluso —a veces— de aplicación primaria: el art. 59, n.ºs 2 y 3, TRLGDCU establece que “[I]os contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma [el propio TRLGDCU] o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles”, que “[I]a regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma [De nuevo, el TRLGDCU]”, y —finalmente— que, además, “[I]os contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación”. Así, el Derecho del Consumo posee unas determinadas fuentes *instrumentales*, que en ocasiones —otras veces, no— son privativas o exclusivas de él, ya que únicamente pueden aplicarse a relaciones de consumo, y no a las relaciones entre profesionales. De esas fuentes instrumentales, privativas o no del Derecho del Consumo, destacan algunas que se refieren directamente a las materias propias del Derecho de Obligaciones y Contratos; se trata de normas sobre los *contratos de consumo*, y afectan así a la perfección de los mismos, y a su validez o eficacia; a su contenido, y a los derechos y obligaciones de las partes; en especial a los derechos y obligaciones del Contratante *consumidor*. En este sentido, el art. 51 Const. esp. fue desarrollado por multitud de normas, entre las cuales destaca el vigente TRLGDCU, que ha terminado por absorber —vía refundición— otras leyes de protección de los consumidores, en el ámbito contractual [Como la

Ley nº 23/2003, de 10.07.2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, la Ley nº 21/1995, de 06.07.1995, reguladora de los Viajes combinados, etc.], y que –entre otras cosas– contiene una “lista negra” de cláusulas contractuales abusivas ⁽¹³³³⁾.

En cuanto a la razón –el *por qué* son como son– de la especial regulación de los contratos con consumidores y usuarios, ya la conocemos: se trata de proteger a estos sujetos, como parte débil en la contratación moderna. Pero el *qué* son estos contratos, nos lo aclara el art. 59, nº 1, TRLGDCU:

“*Son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario*”;

criterio que se refleja, asimismo, en el art. 1º de la Ley 43/2007, de 13.12.2007, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio [L.of.Rest.]; en el art. 1º LCrC./1995, etc.

Por lo demás, si no había un concepto del Contrato Mercantil que fuese distinto del Concepto General del “*Contrato*”, menos lo hay –todavía– del Contrato *de Consumo*: el Contrato de Consumo [cada uno de los diferentes contratos de consumo, regidos por la Ley General o regidos por leyes especiales] es un *contrato*; un contrato que –por una parte, y con carácter general– presenta todas las características, requisitos y efectos fundamentales de cualquier contrato; que posee –que *debe* poseer– un objeto y una causa, y que nace del consentimiento. Y –además– el Contrato de Consumo [cada uno de los diferentes contratos de consumo, regidos por la Ley General o regidos por leyes especiales] es un contrato, pero *no* un *tipo* contractual: existe la Compraventa y existen compraventas de consumo; existen el Mandato y la Comisión, y existen mandatos y comisiones de consumo, o con o para consumidor, y así un inabarcable etcétera. La especialidad no es, pues, de esencia, sino que se trata de una especialidad funcional o circunstancial y, hasta cierto punto, contingente, la cual se basa –al propio tiempo– en factores subjetivos o subjetivo-*funcionales*, que se extraen de los arts. 2º, 3º y 4º, TRLGDCU, ya que si el ámbito de aplicación de esta disposición se circunscribe a “*las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*”, es obvio que entre esas relaciones estarán, ocupando un primerísimo plano, las relaciones contractuales. Y si los protagonistas de esas relaciones se definen –respectivamente– el Consumidor y el Usuario, como “*las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*” [art. 3º], y el Empresario, como “*toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada*” [art. 4º], entonces –por simple lógica– podríamos definir el Contrato de Consumo, partiendo de la base de los textos legales [arts. 1254 CC y 3º, 4º y 59 TRLGDCU, o 1º LCrC.]:

“*El contrato con consumidores y usuarios existe desde que una o varias personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada, consienten en obligarse, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, respecto de otra u otras personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”.

1333 PARDO GATO, J.R.: “*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Análisis legislativo y jurisprudencial*”, edit. Dijusa, Madrid, 2004. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La trasposición de la Directiva Comunitaria al Derecho español”, en VV.AA.: “*Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*”, dir. por U.Nieto Carol, edit. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio/“Lex Nova”, Valladolid, 2000, pp. 453 y ss. CABELLO DE LOS COBOS y MANCHA, L.Mª.: “Cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación”, en “ABC”, lunes 22 de septiembre de 1997, p. 46. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: “Las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, en VV.AA.: “*Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*”, dir. por U.Nieto Carol, edit. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio/“Lex Nova”, Valladolid, 2000, p. 463. MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C.: Disposición adicional primera. Uno: Art. 2.1 b), LGDCU, en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*”, coord. por R.Bercovitz Rodríguez-Cano, edit. Aranzadi, S.A., Pamplona, 1999, p. 666. MONTÉS RODRÍGUEZ, Mª.P.: “Las Condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios”, en VV.AA.: “*Estudios sobre Jurisprudencia bancaria*”, dir. por V.Cuñat Edo y R.Ballarín Hernández, coord. por R.Marimón Durá y F.González Castilla, edit. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2000, p. 75. BAÑEGIL ESPINOSA, F.: “Cláusulas abusivas de los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores”, en AC., 2000, nº 19, del 8 al 14 de mayo, p. 714.

El Consumidor es un personaje ontológicamente *alienado*; es un sujeto que –como ya he ido anticipando– se define no en función de factores profesionales e inmanentes; no en función de criterios o circunstancias estructurales, sino en función de factores *funcionales* y *exógenos* o *externos*: lo primero, porque –como se ha apuntado– el Consumidor lo es *porque* consume, *cuando* consume... y *sólo entonces* y *por ese motivo*. Pero, además, su condición singular y contingente de consumidor, la posee el Consumidor o Usuario, en la medida en que *se enfrenta* dialécticamente con el *Empresario* [bien entendido que, bajo esta última expresión, comprendemos no solamente a los empresarios, sino también a los profesionales liberales y a las Administraciones públicas, en cuanto productoras o suministradoras de productos o servicios de consumo].

Pues bien; para empezar, los empresarios lo son porque se sirven de una empresa, y la *Empresa* es –objetivamente– una organización de factores de producción ⁽¹³³⁴⁾; una organización de activos económicos, a veces cuantiosos, que sitúan al Empresario en una frecuente posición de supremacía económica respecto del Consumidor. Y, funcionalmente, la Empresa es una *actividad organizada*; una actividad económica *racionalizada*, cuya racionalidad derivada de su carácter *planificado*. El Empresario planifica su actividad, llevando a cabo estimaciones de costes y beneficios, sirviéndose del valioso instrumento de la *Contabilidad*, porque la “*Contabilidad*” es –ontológicamente y antes que nada– un *sistema de ordenación de la información*, exigido por el mismo proceso racionalizador de la actividad económica, que define a las empresas, en tanto que *actividades económicas organizadas*, cuya organización se conforma sobre la base de *una sucesión de toma de decisiones racionalizadas, en función de la asignación óptima de recursos escasos*, reclama un *adecuado nivel de información, para la propia eficiencia de esas decisiones* ⁽¹³³⁵⁾. Mas, por si esto no fuera suficiente, existe un cúmulo de circunstancias de diversa índole que revelan la situación de indefensión de los consumidores, las dimensiones e importancia del problema, y la necesidad de que el Ordenamiento jurídico le dé cumplida solución.

Así, FONT GALÁN aludía a factores *económicos*, citando como ejemplo paradigmático el cambio de una economía absolutamente libre e incluso “desbocada”, a una economía intervenida –que ni siquiera los procesos de privatización y desregulación han sido capaces de suprimir: sólo de modificar [de un intervencionismo administrativo agresivo, se pasa a técnicas de intervención con colaboración de los propios sectores económicos afectados]. Sin embargo, a decir verdad, en los últimos tiempos sucede precisamente lo contrario: se ha retornado a un sistema privatizado en mayor medida, con lo que surgen nuevos ámbitos en los que se hace preciso proteger a los consumidores, y más intensas necesidades de protección.

Otro tipo de factores son los tecnológicos [el maquinismo, y ahora las revoluciones en las tecnologías de la información, la comunicación, la genética...], y estos, junto con los anteriores, han conducido a una incontenible “*avalancha de bienes y servicios ofrecidos al mercado*” ⁽¹³³⁶⁾, apoyada o sustentada sobre una serie de nuevas formas de comunicación empresarial *persuasiva* [nuevas formas de “mar-

1334 LIPSEY,R.G.: “*Introducción...*”, cit., 12ª ed. esp. de la 7ª ed. inglesa, p. 58.

1335 GARRETA SUCH,J.Mª.: “*Introducción al Derecho contable*”, edit Marcial Pons Ediciones Jurídicas,,S.A., Madrid, 1994, p. 8. Las mismas decisiones empresariales, que reflejan en el plano de esta organización de personas y capitales el mismo proceso de toma de decisiones, bien que esta vez en términos de cálculo de coste/beneficio; de gasto/ ingreso, requerirán de una adecuada información económica; es decir: que “*las decisiones económicas debe(rán) tomarse tras una información económica suficiente, es decir, sobre datos contrastados, parámetros medidos, previsiones razonables; quienes tienen capacidad de influir en los acontecimientos económicos y quienes gestionan capitales propios o ajenos deben poseer información suficiente a fin de que sus decisiones se encuentren razonablemente adoptadas*”. MARINA GARCÍA-TUÑÓN,A.: “*Régimen jurídico de la Contabilidad de los empresarios*”, edit. Lex Nova,S.A., Valladolid, 1992, pp. 26 y ss. y 61 y ss. DE GISPERT PASTOR,Mª.T.: “La obligación legal de Contabilidad de las entidades aseguradoras”, en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*”, t. I, edit. Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1987, pp. 629 y ss.

1336 FONT GALÁN,J.I.: “La protección de los...”, cit., p. 17. GHESTIN,J.: “*La Formation du Contrat*”, cit., p. 53, quien señala que la diversidad actual de los productos y los servicios y su complejidad técnica, dan a los profesionales una superioridad considerable en las relaciones contractuales.

keting”, técnicas de venta más o menos agresivas, publicidad informática...]. También hay que tener en cuenta un incremento de los riesgos de daños personales y materiales –existen riesgos y daños “*en masa*”⁽¹³³⁷⁾–, que propician incluso una revolución en el Derecho de la Responsabilidad Civil, que pasa a convertirse en un Derecho de *Daños* y a suprimir o *erosionar* el elemento *Culpa* ⁽¹³³⁸⁾.

Por otra parte, sucede que los procesos de concentración o cartelización empresarial, así vertical, como horizontal, conducen a un notable *empobrecimiento* de las fuentes de *información* de que dispone el Consumidor, que ya no puede confiar en la que le proporcione el detallista, respecto de los productos elaborados por el productor o mayorista, porque precisamente forma parte de la red comercial de estos últimos y porque, además, resulta un lego en el conocimiento de las características de los bienes o servicios que distribuye. En efecto; el proceso histórico de *especialización* de los empresarios condujo a una paulatina *separación entre la producción/fabricación y el comercio*, en sentido estricto. Este proceso condujo a que el Comerciante propiamente dicho dejara de poseer los conocimientos precisos para ser el protagonista del mercado: ya no conoce los procesos de fabricación de los productos o servicios que él mismo proporciona, porque simplemente no participa en esos procesos de fabricación, pasando a convertirse en un profano respecto de las características y riesgos propios de las mercancías que vende o pone en el mercado; pasando a convertirse en un simple órgano, y –además– no siempre decisivo e indispensable, del proceso de ventas ⁽¹³³⁹⁾. Así se explica que el TRLGDCU, luego de definir al Empresario, se ocupe de definir al “*Productor*” [“*se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo*” (art. 5º TRLGDCU)], a quien se distingue del “*Proveedor*” [“*es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución*” (art. 7º TRLGDCU)]. El primero fabrica o produce, el segundo distribuye lo fabricado.

Por otra parte, las modernas técnicas de “*marketing*”, referidas a productos crecientemente complejos y homogéneos, sitúan al Consumidor ante la práctica imposibilidad de formarse un juicio sobre la calidad y condiciones de aquéllos ⁽¹³⁴⁰⁾. A estas dificultades es preciso añadir el carácter “difuso” del interés de los consumidores, que no favorecía los procesos asociativos de autoprotección, al contrario de cuanto sucedió en el mercado de trabajo ⁽¹³⁴¹⁾. Toda esta serie de circunstancias determinan

1337 FONT GALÁN, J.I.: “La protección de los...”, cit., p. 17.

1338 FONT GALÁN, J.I.: “La protección de los...”, cit., p. 18.

1339 ROJO FERNANDEZ-RIO, A.J.: “*La Responsabilidad civil del Fabricante*”, edit. Publicaciones del Colegio de España en Bolonia, Zaragoza,, pp. 26 y ss. Por su parte, GHESTIN, J.: “*La Formation du Contrat*”, cit., ps. 53 y s., ya señalaba que, incluso entre profesionales, la diversidad y complejidad de productos y servicios genera situaciones de inferioridad, porque siempre sucede que una de las partes del contrato juega en un ámbito que excede de su competencia técnica; situación que resulta especialmente evidente en el marco de las relaciones entre *productores y distribuidores*, por una parte, y *consumidores*, por otra.

1340 VICENT CHULIA, F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 1º, 3ª ed., p. 15, quien alude a la debilidad estructural del Usuario frente al poder persuasorio de la industria y la distribución organizadas y la aparición de un mercado de “*search goods*”, que exigen mucha información y reflexión en el proceso de elección de los mismos. ALPA, G.: *ibidem*, quien alude a la circunstancia de que en una competencia monopolística, la demanda ya no es un “hecho natural” anterior a la oferta, sino que resulta manipulada y distorsionada por el juego de esta última, de modo que se puede decir que el mercado “hace la voluntad del consumidor”, que –a su vez– aparece trastornado por la publicidad y confundido por una falta de conocimiento de una serie de elementos que se refieren a la calidad verdadera de los productos, así como por la imposibilidad de hacer valer lo que realmente desearía, porque no sabe donde buscarlo. MÉNDEZ PINEDO, E.: “*La Protección de Consumidores...*”, cit., p. 37.

1341 ALPA, G.: cit., pp. 16 y ss., quien señala que la Gran Empresa –protagonista de la actividad económica– ejerce una influencia que se extiende más allá del sector económico, propiamente dicho, para alcanzar el conjunto del sistema institucional, unas veces sustrayéndose a todo tipo de control, otras, integrándose en él, de lo que resulta una disolución de la contraposición entre organización de gobierno y grupos operantes en el sector económico. CALAIS-AULOY, J.: cit., p. 5, quien señala que, si los años 60 fueron escenario de un importante desarrollo económico, que multiplicó el número de bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, también lo fué del crecimiento de las em-

la situación de *inferioridad y desprotección* en que se halla el contratante *consumidor*, respecto de su contraparte –el Empresario–, y que exigen una regulación especial y tuitiva, de la contratación de consumo ⁽¹³⁴²⁾. Partiendo de esta base, cabe señalar que el Consumidor o Usuario, en el ámbito de la actividad contractual, precisa ser protegido:

A) En la fase de perfección del contrato, comenzando por la etapa preliminar; incluso antes de lo que podríamos considerar tratos o negociaciones precontractuales, intentando garantizar la libertad del consentimiento:

A) Mediante el control de la transparencia, licitud y lealtad publicitaria –incluida la libertad de recibir, o no, publicidad comercial–, y merced a la atribución de eficacia vinculante a las afirmaciones publicitarias de los empresarios.

B) Mediante la transparencia en el empleo de signos distintivos.

C) Mediante una adecuada información precontractual ⁽¹³⁴³⁾.

D) Asegurando la libertad e intimidad/privacidad del Consumidor, de modo que no se vea acosado por técnicas de venta agresivas, como los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil ⁽¹³⁴⁴⁾, las ventas en pirámide o en bola de nieve ⁽¹³⁴⁵⁾.

E) Mediante el control de la *incorporación* de las condiciones generales y de la contratación de consumo por adhesión.

F) Ocasionalmente, mediante la configuración de ciertos contratos de consumo, como contratos estrictamente formales. Tal es el caso de los contratos de comercialización de bienes con oferta de restitución posterior de todo o parte del precio, ya que el art. 4º, nº 2, LOF.Rest. 43/2007 establece que los citados contratos de comercialización con oferta de restitución del precio “*se formalizarán en escritura pública*”, so pena de nulidad [art. 6º LOF.Rest.].

Y todo lo anterior, aunque con especiales características, debe garantizarse, también, en el marco de la contratación electrónica ⁽¹³⁴⁶⁾.

B) Luego de la perfección del contrato: mediante el reconocimiento de derechos de libre *denuncia, revocación, rescisión* o *resolución* unilaterales y *gratuitas*.

C) Y, asimismo, en la fase de ejecución del contrato, garantizando la *justicia* de los *compromisos* adquiridos, así como la salud y seguridad del Consumidor, y su *legítimo interés* en la *conformidad* de los productos o servicios adquiridos.

c) Mediante el control de la *justicia y equilibrio contractual* –que no ya de la incorporación–, en la aplicación de condiciones generales o cláusulas predispuestas, en la contratación de consumo, por adhesión [art. 8º TRLGDCU] ⁽¹³⁴⁷⁾.

d) Mediante la legislación sobre régimen de autorización de productos y servicios.

presas, la sofisticación de los productos, el desarrollo del crédito y la eficacia creciente de las técnicas publicitarias. Todo ello –continúa el Autor– dió en una situación de desequilibrio entre los interesados en el proceso económico, donde los consumidores son manipulados por los expertos en “marketing”. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: “La protección...”, cit., p. 23. GONDRA ROMERO, J.Mª.: cit., t. I, p. 98.

1342 GHESTIN, J.: «*La Formation du Contrat*», cit., p. 55.

1343 SPANOGLÉ/ROHNER.: “*Consumer Law...*”, cit., pp. 7 y ss., quienes señalan que es evidente la necesidad que tiene el Consumidor de una información digna de confianza, para llevar a cabo sus decisiones de consumo.

1344 SPANOGLÉ/ROHNER.: “*Consumer Law...*”, cit., pp. 166 y ss.

1345 SPANOGLÉ/ROHNER.: “*Consumer Law...*”, cit., pp. 158 y ss.

1346 PARDO GATO, J.R.: “*Las páginas web como soporte de condiciones generales contractuales*” (Premio Nacional Estanislao de Aranzadi 2002), edit. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003; “*Contratación telemática versus contratación seriada*”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, nº 33, 2003, pp. 33 a 82.

1347 PARDO GATO, J.R.: “*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión...*”, *op. cit.*

e) Mediante la regulación de la *Obligación de Conformidad* y la existencia de regímenes eficaces de comprobación de la conformidad de los productos, y de reclamación por la falta de aquélla.

f) Mediante un adecuado régimen de conexión entre el Contrato de Consumo y las técnicas de financiación del consumo, estableciendo –o reconociendo– vínculos de conexión contractual entre los contratos de consumo y los de financiación por terceros.

Y –una vez más– todo lo anterior, aunque con especiales características, debe garantizarse, también, en el marco de la contratación electrónica [Supuesto del llamado Comercio electrónico *directo*] (1348).

El Consumidor o Usuario no está legalmente sometido a ningún “*status*” legal profesional porque el consumo no es una profesión. Pero esto no significa que el Consumidor no se halle sometido a una serie de normas especiales, pues aunque el Consumidor es, en última instancia, el propio Ciudadano; el sujeto “*sin atributos*”, al que –en teoría– habría de aplicársele, “*tout court*”, el Derecho Común, Civil, en cuanto “*rige las relaciones entre particulares sobre las que no actúa una razón (...) de especialización*” (1349), lo cierto es que ese ciudadano, cuando *consume bienes o utiliza servicios, funciones o actividades*, destinadas a satisfacer sus necesidades personales o las de su familia, lleva a cabo un acto socioeconómico que, cuando lo pone en relación con el Empresario, hace de él un *consumidor* y reclama la aplicación de normas y principios jurídicos *especiales* o bien reclama la *aplicación especial* de normas y principios jurídicos *comunes*, porque sin una aplicación individualizada y especial éstos no resultan eficaces (1350). Que esto es así, lo demuestra claramente el texto del art. 19 TRLGDCU [“*Principio general*”], cuando dispone que:

“*Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación*”.

Los contratos con consumidores y usuarios, tal como los describe el art. 59, nº 1, TRLGDCU, son actos de comercio *mixtos*, lo cual supone que han de someterse –total o parcialmente– al Derecho mercantil. Ahora bien, una parte importante del Derecho mercantil al que van a quedar sometidos estos actos mixtos, responde a unos criterios de política jurídica muy diferentes a los que inspiraron la legislación liberal/capitalista de los códigos decimonónicos (1351). Ya la LGDCU –sustituída por el TRLGDCU– había introducido un notable grado de socialización en el Derecho mercantil (1352),

1348 PARDO GATO, J.R.: “*Las páginas web como soporte de condiciones generales...*”, *op. cit.*; “Contratación telemática *versus* contratación seriada”, *cit.*, pp. 33 a 82.

1349 CARRASCO PERERA, A.: “*El Derecho Civil. Señas, imágenes y paradojas*”, edit. Tecnos, S.A., Madrid, 1988, p. 27.

1350 LETE ACHIRICA, J.: “Capítulo 23. Contratos celebrados con consumidores”, en VV.VV.: “*Derecho privado Europeo*”, coord. por S. Cámara Lapuente, edit. Colex, Madrid, 2003, p. 614. REYES LÓPEZ, M. J.: “*Derecho del Consumo...*”, *cit.*, p. 25, quien señala que el Consumidor “*se encuentra inmerso en una sociedad que ofrece unos mecanismos de protección que no se ajustan específicamente a los problemas del consumidor como nueva categoría jurídica. De ahí, la necesidad de crear, si no un Derecho nuevo, ..., sí una nueva vertiente o faceta del Derecho, de carácter estatutario*”. Eadem.: “Capítulo I. Génesis y delimitación del Derecho de Consumo en los ámbitos comunitario, estatal y autonómico”, en VV.AA.: “*Derecho de Consumo*”, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 21 y ss. GREENFIELD, M.M.: “*Consumer Law...*”, *cit.*, pp. 1 y s., quien hacía notar que, aun cuando las operaciones de consumo constituyen un fenómeno ya antiguo, “*no lo es el de la existencia de nuevas normas para regular las transacciones con consumidores*”, que no aparecen hasta la segunda mitad del siglo XX.

1351 Ya SUÁREZ-LLANOS afirmaba que la doctrina tradicional del Derecho mercantil tendría que dar entrada al otro elemento –distinto del empresario– del que va a depender la esencia de su juridicidad; es decir: el consumidor, ya que una caracterización jurídica del empresario exige la presencia de otro sujeto, que no es el empresario (El empresario, en un plano jurídico, es un ser constitutivamente alterado: su conformación se produce desde un centro que radica fuera de sí mismo). Pues bien, ésto ha sucedido. Y ha sucedido en los términos en que se debe entender el modelo económico de nuestra Constitución [SUÁREZ-LLANOS, L.: “*Crítica del saber de los mercantilistas*”, en VV.AA.: “*Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*”, edit. Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, pp. 1148 y ss.].

1352 FONT GALÁN: “*¿Hacia un sistema jurídico mercantil de ‘faz completamente nueva’?*”. La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho mercantil del estado social”, en *RDM.*, 1985, nº 177, julio/septiembre, pp. 381 y ss.

sin determinar un cambio total de lo que éste fuese, desde la perspectiva de su concepto ⁽¹³⁵³⁾. En este sentido, si el art. 51 Const.Esp. contiene o refleja un principio general, informador del Ordenamiento jurídico, el art. 1º CC. determinaría que su aplicación pudiera producirse a través de una *re-interpretación* de preceptos contenidos en las leyes generales, mercantiles o civiles, como –p.e.– los del CC./1889 o los del CCo./1885, sin modificación alguna de su texto ⁽¹³⁵⁴⁾. Dicho de otro modo: la misma materia jurídica... viene a presentarse o manifestarse en un estado “físico” distinto; las mismas moléculas y los mismos átomos de las normas tradicionales, pero con un diferente grado de cohesión entre ellos; más maleables, más flexibles, con capacidad mayor de expansión [“*favorabilia pro utenti sunt amplianda*”] y contracción [“*odiosa pro utenti sunt restringenda*”], aplicando unos niveles relativamente reducidos de “fuerza” externa [la labor interpretativa del juez o árbitro]. En este sentido, no estaría de más recordar –porque muchos parecen haberlo olvidado– que el Derecho mercantil resulta más beneficioso que el Derecho común, respecto de los *no comerciantes*: porque es el Derecho mercantil, y no el civil, el que protege las adquisiciones “*a non domino*” de bienes muebles y de títulos-valores, con un régimen que supera notablemente el previsto en el Código civil [arts. 85 CCo, 545 CCo y 19 LCCH.]; es el Derecho mercantil, y no el civil, el que persigue más decididamente –y de modo más amplio que el CC.– la “*laesio enormis*” en los contratos, como demuestra el art. 344 CCo, que hace responsables de daños y perjuicios a los compradores y vendedores que, con mala fe, vendan o compren objetos por precios desproporcionados e injustos, causando lesión a la contraparte; es el Derecho Mercantil, y no el civil, el que hace soportar el riesgo de las cosas vendidas al Comprador, sólo a partir del momento de la entrega de la mercancía, y no –como por el contrario hace el CC– desde el mismo momento de perfección del Contrato ⁽¹³⁵⁵⁾.

Se produce, así, una importante mutación en el orden jerárquico de fuentes aplicables a los actos de comercio mixtos, que son los actos de consumo, ya que el TRLGDCU se ha de aplicar –con su sentido tuitivo “*pro utenti*”– incluso antes que el Derecho Mercantil y que el Derecho Civil *codificados* ⁽¹³⁵⁶⁾, salvo que éstos ofrezcan *normas más beneficiosas* para los consumidores. De hecho, cuando se apliquen las restantes normas civiles y mercantiles, quedarán teñidas “*ope Constitutionis*” de un nuevo sentido de justicia, merced a una remodelación interna de los diversos intereses en juego. Surge, ahora, un “nuevo subjetivismo”, que ya no es corporativo, sino social. El Derecho del Consumo no sustrae instituciones al Derecho mercantil, ya que los actos mixtos de consumo siguen siendo actos de empresa y –por tanto– “*actos de comercio*”. Pero la regulación mercantil aplicable a tales actos u operaciones se convierte en un régimen de “*ius cogens*”, cuando resulte *objetivamente adecuada para proteger* –con carácter *preferente*– los *legítimos intereses* económicos y sociales de los consumidores.

Por otra parte, el viejo art. 7º LGDCU de 1984 planteaba la posibilidad de un *nuevo* efecto transformador de lo jurídico; un nuevo efecto transformador *de las normas*, que no se limitaba ya a

1353 Por este motivo, considero preferible la concepción de FONT GALÁN, a la de quienes sostienen que la introducción del Derecho de los Consumidores debiera transformar al propio Derecho mercantil en un Derecho “del tráfico económico” [BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: “La protección...”, cit., pp. 32 y ss. con el precedente, en apariencia, de PUENTE MUÑOZ, T.: “Notas sobre el concepto del Derecho mercantil”, en VV.AA.: “*Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*”, t. III, edit. Tecnos, S.A., Madrid, 1971, p. 83, quien identifica al Derecho mercantil con el Derecho de la economía del tráfico, del cambio y del mercado].

1354 BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: “La protección...”, cit., p. 29, quien hace referencia a la aplicación de lo dispuesto en el art. 1º, apdo. 4, CC., respecto de los principios generales del Derecho, como informadores del Ordenamiento jurídico. Así, el art. 51, Const.Esp., obliga –en primer término– a contemplar desde una *nueva perspectiva* la normativa *ya existente*.

1355 GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “Defensa del Derecho Mercantil”, en AFDUC.

1356 Como resulta de lo dispuesto en los arts. 1, 40 y 51 Const.Esp. [SÁNCHEZ ANDRES, A.: “El control de las condiciones generales en el Derecho comparado: panorama legislativo”, RDM., 1980, nº.157/158, julio/diciembre, p. 391]. El fundamento de ésta evolución está en el deseo de equilibrar el respectivo poder de negociación de ambos contratantes, con objeto de tutelar y proteger a la parte más débil. Y, más claramente, afirma SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Reflexión general...*”, cit., p. 30, que la defensa del consumidor ha de ser otra de las notas que informe el Derecho mercantil. En sentido similar, señala FONT GALÁN, J.I.: “El Derecho del Consumidor entre códigos y Constitución: lugar de encuentro del Derecho civil y Derecho mercantil”, en VV.AA.: “*Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*”, cit., pp. 42 y ss.

la imperativización de las mismas, sino a su desplazamiento *geométrico*, que tendría como consecuencia el *privatizar* las normas *administrativas* referidas a los contratos de consumo: si las normas sobre autorización de los productos definen relaciones –y, en su caso, deberes y prohibiciones– del Empresario, frente a la Administración pública, pudiera ser que el citado art. 7º hubiera determinado que las normas administrativas sobre consumo vinieran a definir –también– relaciones; deberes y prohibiciones del Empresario, frente al *Consumidor* o usuario. Me explico: es perfectamente posible que actividades económico-empresariales *privadas* se vean, en un momento determinado, *sometidas* al Derecho *público*; y esa posibilidad debe explicarse –si se me permite el símil– con un ejercicio *geométrico espacial*: imaginemos un espacio unidimensional (un espacio de líneas y de segmentos), donde un segmento dado atraviesa dos puntos que representan *sujetos* diferentes, ninguno de los cuales es portador de una posición exorbitante: *ese segmento es una relación jurídica* y –dados los puntos por los que atraviesa– sólo puede ser una relación jurídica *de Derecho privado* ⁽¹³⁵⁷⁾.

Mas pensemos, ahora, en un espacio bidimensional, en el que añadimos *nuevos puntos*, *situados en ángulo, a 90º de arco, respecto de los dos primeros*: en este caso, ya no describiremos un segmento, sino un *área*, delimitada por segmentos: uno de los segmentos [largo] representa la relación entre los dos sujetos iniciales, pero a 90º de ese segmento se sitúa otro [ancho] que sirve para definir un *área*; un *área* en la que el tercer punto de referencia, es una Administración pública o un sujeto con “*imperium*”, que se relaciona con los otros dos, institucionalizando –desde su posición *de supremacía*– la *misma materia económico-social* que constituía el objeto de la relación [el segmento monodimensional entre los dos puntos/sujetos “*sine postetate*”] *privada*. Este mismo esquema resulta evidente y nítido, precisa aunque no exclusivamente ⁽¹³⁵⁸⁾, se da en las relaciones jurídicas de consumo. Pues bien; si el art. 51, nº 3, Const.Esp. dispone que, “[e]n el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”, esto significa que esa regulación debe llevarse a cabo en el marco de la garantía por los poderes públicos de “*la defensa de los consumidores, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*”. ¿Qué sentido último tiene esta disposición? En nuestra opinión: puesto que se trata de un principio general del Derecho, informador del conjunto del Ordenamiento jurídico; puesto que afecta a todos los poderes públicos, incluido el Poder Judicial, ello habría significado que la regulación del comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales *constituirán reglas jurídicas que deben ser aplicadas por los Tribunales de Justicia*, incluso en el ámbito de relaciones “*inter privados*”, como integradas en el contenido de las relaciones *obligacional-contractuales*, establecidas entre empresarios y consumidores.

Mas, ¿“*quid iuris*” –ahora que la LGDCU,/1984 se halla derogada– respecto de los arts. 19 y 59, nº 2, TRLGDCU? ¿Plantean estos preceptos las mismas posibilidades de un *nuevo* desplazamiento *geométrico* de las normas *administrativas en materia de Consumo*? ¿Permitirán otra análoga *privatización* de las normas *administrativas* referidas a los contratos de consumo, ahora que el art. 59, nº 2, TRLGDCU establece que “[l]os contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma [el propio TRLGDCU] o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles”? Desde luego, decir esto es decir algo muy distinto de lo que decía el viejo art. 7º LGDCU; es decir algo que, “*prima facie*”, no nos permitiría llegar a unas consecuencias tan trascendentales, y –desde luego– no produciría ningún efecto de *privatización* de normas, comparable al descrito, pues las disposiciones que habrían de aplicarse presentan dos rasgos definitorios que las alejan de las que mencionaba la antigua ley:

1357 PARDO GATO, J.R.: “Inseguridad jurídica y comercio electrónico: propuestas de solución desde la Abogacía y el Derecho privado”, *CEFLEGAL, Revista Práctica de Derecho*, nº 50, marzo 2005, pp. 35 a 76.

1358 La situación, p.e., es típica del *Derecho Laboral*, en el que se institucionaliza una relación “*inter privados*”, aunque con una fuerte penetración del Derecho Público [MONTROYA MELGAR, A.: “*Derecho y Trabajo*”, edit. Civitas, S.A., Madrid, 1997, pp. 91 y s.].

4. Son disposiciones “*legales*”, y no reglamentarias o administrativas.

5. Son normas que “*regulan los contratos*”, y no el régimen de control y calidad de bienes y servicios.

A este respecto, es de preguntarse si acaso el art. 19 TRLGDCU que se remite a “*lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación*”, no entraría en conflicto con el art. 59, nº 2, cuando establece que los contratos con consumidores y usuarios se regirán, “*en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles*”, ya que éste sí que prevé un determinado orden de prelación. Pues bien; creo que no existe tal conflicto, sino todo lo contrario: hay una perfecta coherencia. El art. 59, nº 2, establece el régimen de prelación del TRLGDCU respecto de las normas civiles y mercantiles, dando preferencia al primero, y dejando las segundas relegadas a una aplicación subsidiaria... Pero el art. 19 bien podría haber “*convertido*” en normas civiles y mercantiles, cualesquiera otras “*normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación*”, incluso aunque originariamente fueran administrativas, para aplicarlas a regular el contenido y efectos de los contratos de consumo, de modo que unas u otras se aplicaran antes o después, en función de las necesidades legítimas del Consumidor, obligando –p.e.– a aplicar a una relación profesional civil, de consumo, preceptos que se hallan no sólo en las leyes mercantiles; incluso en el propio CCo., cuando objetivamente resulte más beneficiosos “*pro utenti*”, sino –igualmente– cuando fueran disposiciones administrativas sobre el régimen de los productos o servicios, aunque –en este caso– probablemente el proceso de “*privatización*” y de “*contractualización*” de esas disposiciones administrativas hubiera de desarrollarse y de tener lugar por vía indirecta: probablemente, como una concreción de los *deberes de conformidad* de los productos y servicios, contractualmente proporcionados a los consumidores. Y es que si así no fuese, existiría el riesgo de producir una quiebra en el principio de Unidad de Mercado y de reserva al Estado de la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil [art. 149, nº 1, apdo. 6º, Const. Esp.] y civil [art. 149, nº 1, apdo. 8º, Const. Esp.], y en relación con las “*bases de las obligaciones contractuales*” [art. 149, nº 1, apdo. 8º, Const. Esp.]

El art. 19 TRLGDCU sustituiría el orden de prelación de fuentes de los actos de comercio y contratos mercantiles –mixtos o unilateralmente mercantiles–, tal como resulta de los arts. 2 y 50 CCo., que se basan en la mera especialidad “*ratione materiae*”, por un orden distinto, conformado “*pro utenti*”, aunque sospecho que la consecuencia práctica de esta nueva prelación probablemente se resolvería en dar, nuevamente, preferencia a las normas mercantiles.

2.– LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y EL CICLO VITAL DEL CONTRATO: FASE PRECONTRACTUAL.

El Contrato de Consumo –igual que cualquier contrato– puede ser contemplado desde una doble perspectiva: la estructural o estática, y la funcional o dinámica. Esta última se refiere al proceso de nacimiento, vigencia y extinción de los negocios contractuales, que se manifiesta *como un devenir; como un “iter”, integrado por diversas fases*, normalmente denominadas de: “*perfección*”, “*eficacia*” y “*extinción*”, aunque también se distingue entre formación, perfección y consumación, y el Derecho del Consumo –no solamente el TRLGDCU– pretende proyectar sus disposiciones de defensa de los consumidores y usuarios, en la contratación, ocupándose de las distintas etapas de los contratos de consumo. Así, a lo largo del proceso de perfección del contrato, comenzando por la etapa preliminar; incluso antes de los meros tratos precontractuales, se trata de garantizar la *libertad* del consentimiento y de lo consentido, en todos sus aspectos, pues si la “*Libertad Contractual*” o la “*Autonomía Negocial privada*” consiste en el conjunto de las siguientes facultades o derechos subjetivos; a saber:

3. La libertad de contratar; de libre opción del Individuo, entre celebrar, o no celebrar el contrato o el negocio jurídico de que se trate ⁽¹³⁵⁹⁾.

4. La libertad, también, de elegir a la persona de la contraparte; es decir: de determinar con quién se quiere contratar. Algunos autores hablan de la “*Abschlussfreiheit*”; es decir: la libertad de conclusión.

5. La libertad de elección del tipo contractual (“*Typenfreiheit*”), e incluso la libertad de salirse de los límites del tipo legal, constituyendo otros contratos distintos, así como de modificar –“ex voluntate”– el contenido legal de los contratos típicos, e incluso –lo que es más– crear contratos nuevos [Así lo reconocen las SSTs de 6 .4. 1964 y de 20 .10. 1998]; es decir: contratos atípicos ⁽¹³⁶⁰⁾ y ⁽¹³⁶¹⁾. Se trataría de lo que los alemanes denominan “*Inhaltsfreiheit*”, ó libertad de determinación del contenido del Contrato; es decir: la capacidad para *estructurar ese contenido contractual, de la forma que más convenga a sus intereses*, lo que se ha denominado –sobre todo, aun que no exclusivamente, por los “*internacional-privatistas*”– como “*autonomía (contractual) material*” ⁽¹³⁶²⁾.

6. Libertad de forma [“*Formfreiheit*”].

7. E incluso sería posible –trasladándonos al ámbito o adoptando la perspectiva del Derecho *del Comercio internacional*– incluir dentro del marco de la Autonomía contractual o negocial la libertad de *elección del Derecho* y el *fuero* aplicables.

Es preciso advertir que un primer ataque a la libertad contractual de los consumidores y, por consiguiente, un punto en el que se debe establecer la primera línea de defensa de sus legítimos intereses y derechos es, precisamente, el de la elección entre celebrar, o no celebrar el contrato. Y, en este sentido, cabe advertir que el Consumidor puede ver en entredicho su libertad, frente a un doble tipo de ataque: el ataque contra su libertad contractual, llevado a cabo por medio de la presión sobre su voluntad, y el ataque contra su libertad por medio de la desinformación y la opacidad.

a.– El consentimiento contractual y la libertad de los consumidores: La iniciativa contractual y la promoción de ventas.

a.1. Control de las técnicas promocionales.

La “*legislación de ordenación del comercio*”, que incluye –principalmente– la Ley de Ordenación del Comercio Minorista –LCom./1996– y otras disposiciones de Derecho Autonómico de la Economía, dedica su atención a lo que se describe como “*actividades de promoción de ventas*”. De acuerdo con el Diccionario R.A.E., en su 22ª edición, “*promoción*” es “*acción y efecto de promover*” y –a su vez– “*promover*” (Del lat. *Promovēre*) es verbo cuya acepción tercera es: 3. tr. Tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo. Pero “*promoción*” es –también– un término relacionado con el verbo “*promocionar*”, que significa elevar o hacer valer artículos comerciales,

1359 Recientemente ILLESCAS ORTIZ,R. y PERALES VISCASILLAS,Mª del P.: “*Derecho mercantil internacional. El Derecho Uniforme*”, edit. Ceura/Universidad Carlos III, Madrid, 2003, p. 37.

1360 Vid. STS, Sala 1ª, de 20 .10. 1998; Ponente.: Sr. Sierra Gil de la Cuesta, en AC., 1999, nº 5, del 1.2.99/7.2.99, marg. 109, p. 295.

1361 BELTRÁN SÁNCHEZ/NIETO CAROL.: “Presentación” de VV.AA.: C.D. y C., 1998, Monográfico “*Contratación mercantil*”, p. 9. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO,A.J.: “Los contratos mercantiles contemporáneos”, en VV.AA.: C.D. y C., 1998, Monográfico “*Contratación mercantil*”, p. 13, quien señala que “*el progreso económico de las últimas décadas ha utilizado intensamente el instrumento del Contrato. No sólo se han utilizado los contratos codificados. También se ha procedido a la creación de nuevas figuras. Esta es una constante histórica: las “revoluciones” –o las evoluciones– económicas son fuente generadora de nuevos contratos...*”.

1362 ESPLUGUES MOTA,C.: “Derecho aplicable a los contratos internacionales”, en ESPLUGUES MOTA,C., REQUEJO ISIDRO,M., CHECA MARTÍNEZ,M. y SÁNCHEZ LORENZO,S.: “Régimen general de la Contratación internacional”, en VV.AA.: “*Derecho del Comercio internacional*”, dir. por. J.C.Fernández Rozas, edit. Eurolex,S.L., Madrid, 1996, p. 273. Con carácter general, vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,J.: “*Tratado...*”, cit., t. III, vol. 1º, p. 87. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN,L.: cit., t. I, 4ª ed., p. 128. BOY,L.: cit., p. 61. FIKENTSCHER,W.: “*Schuldrecht*”, cit., p. 76. BAUMBACH/DUDEN/HOPT.: cit., p. 617. SCHMIDT,K.: “*Handelsrecht*”, cit., 3ª ed., p. 476: de acuerdo con el “Principio de la Libertad Contractual”, cualquiera es libre de decidir si desea concluir un contrato, con quién desea celebrarlo y con qué contenido, siempre y cuando se ajuste a la Ley y a las buenas costumbres.

cualidades, personas, etc. [U. m. en leng. sociológico o comercial. U. t. c. prnl.]. En este sentido, la LCom./1996 ofrece una delimitación legal de la actividad de promoción de ventas –art. 18–, si bien para llevar a cabo esa delimitación, la citada Ley, ni en su art. 18, ni en otros, formula definición o concepto alguno: su táctica –o su estrategia– consiste, más bien, en recurrir a un sistema de lista:

“Tendrán la consideración de actividades de promoción de ventas, las ventas en rebajas, las ventas en oferta o promoción, las ventas de saldos, las ventas en liquidación, las ventas con obsequio y las ofertas de venta directa”.

La razón de esta medida, aparentemente poco atractiva, pudiera ser no la de que toda definición resulta peligrosa, pues si es peligroso definir, todavía es *más peligroso* limitarse a *enumerar*, por cuanto las enumeraciones –máxime si son pretendidamente cerradas y exhaustivas– suelen resultar incompletas. De hecho, no solamente es dable pensar que las operaciones contempladas en el Tít. III, L.Com./1996, bajo la rúbrica “*ventas especiales*” pudieran considerarse, igualmente, técnicas promocionales, sino que –como mucho– el art. 18, nº 1, L.Com. solo podría pretender que abarca las modalidades *lícitas*, y ni siquiera todas [¿“*quid iuris*” con las llamadas “*ventas multinel*”, que son lícitas?]. Más bien, la razón del sistema seguido por el art. 18 bien pudiera residir en que hay que tipificar actividades y establecer un control de transparencia, bajo forma de un régimen de reserva de denominación: por este motivo, el mismo art. 18, nº 2, continúa disponiendo que “[l]as denominaciones antes señaladas únicamente podrán emplearse para anunciar las ventas que se ajusten a la regulación respectivamente establecida en la presente Ley, quedando expresamente prohibida la utilización de las citadas denominaciones u otras similares para anunciar ventas que no respondan al correspondiente concepto legal”.

Mas, ¿qué es, en sí misma, la *promoción* de ventas? Tal vez la respuesta a esta interrogante la podamos obtener por vía de comparación, siendo así que si el término comparado está formado por el conjunto de las distintas actividades que la L.Com. califica como de “*promoción*” de ventas, ¿cuál es el *término de comparación*? Pues, en mi opinión, debe ser el concepto de Publicidad [comercial] privada. De acuerdo con el art. 2º de la Ley General de Publicidad 34/1988, de 11.11.1988 [LGPub.], la Publicidad comercial privada se define en los siguientes términos:

“... Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones...”

Acto seguido, el mismo art. 2º, apdo. 2º define el concepto “*destinatarios*” de la siguiente manera:

“... – Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance”.

De los términos que emplea el precepto parcialmente reproducido, cabe deducir varias conclusiones de interés: para empezar, si consideramos la cuestión adoptando una perspectiva *objetiva* o *material*; adoptando la perspectiva de la misma esencia; del propio núcleo conceptual de la *Publicidad comercial*, esta última se manifiesta como una realidad poliédrica:

3. Desde el punto de vista técnico: se trata de una forma de comunicación.

4. Desde el punto de vista sociológico: por ser una forma de comunicación, es –también– una relación social; una relación intersubjetiva. Si el art. 2º, nº 2, LGPub se ocupa de definir al “*Destinatario*”, es porque hay quien –o quienes– *originan* o *dirigen* el mensaje publicitario; *otros* sujetos distintos, que –merced al mensaje publicitario– se comunican con sus destinatarios.

5. Desde un punto de vista económico, se trata de una *actividad de promoción comercial* y de competencia en el mercado de los bienes y servicios.

6. Pero, desde el punto de vista jurídico, la Publicidad comercial privada es una actividad que crea relaciones jurídicas, y que incluso puede servir para crear otras sucesivas, más intensas, entre las partes, porque serían relaciones obligacionales o crediticias, de origen negocial/contractual.

Por otra parte, si dentro de estos cuatro aspectos centramos –por el momento– la atención en el primero; porque es el verdaderamente definitorio de lo que sea la Publicidad, también podríamos deducir una segunda conclusión que se puede extraer del art. 2º, nº 1, LGPub: la de la amplitud objetiva de la actividad publicitaria: si la Publicidad se define como “*toda forma de comunicación*”, y –a su vez– el término comunicación (Del lat. *communicatio*, –ōnis) significa –en sus tres primeras acepciones– 1. f. Acción y efecto de comunicar o comunicarse. 2. f. Trato, correspondencia entre dos o más personas y 3. f. Transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor (1363). Y, a su vez, comunicar (Del lat. *communicāre*) significa –en sus cuatro primeras acepciones– 1. tr. Hacer a otro partícipe de lo que uno tiene. 2. tr. Descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo. 3. tr. Conversar, tratar con alguien de palabra o por escrito. U. t. c. prnl. o 4. tr. Transmitir señales mediante un código común al emisor y al receptor, podremos concluir que la Publicidad puede ser inabarcablemente diversa variopinta en sus formas –escrita, oral, en imágenes, musical...– y contenidos (1364), y puede ser hecha llegar a sus destinatarios –porque “*comunicación*” es un concepto que supone siempre *alteridad*, diferencia entre dos sujetos: quien la emite, y quien recibe el mensaje publicitario–, a través de los cauces más diversos.

Esa misma diversidad y heterogeneidad objetiva y formal de la Publicidad, en cuanto forma de descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo, supone que –en principio– la noción de Publicidad no se define *ni por su contenido, ni por su forma*, dado que son enormemente heterogéneas, sino por circunstancias de índole funcional –la pertenencia a una actividad económico-productiva, dirigida hacia el mercado de los productos y servicios– y teleológica [Su finalidad promocional]. Y es que, si hay algo que caracteriza a la Publicidad, en cuanto forma de descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo, es la doble peculiaridad o especialidad de que esa acción se lleva a cabo –1– “*en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional*”, y –2– ello “*con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones...*”.

Así las cosas, resulta de todo punto evidente que la Publicidad es una actividad socioeconómica, jurídicamente regulada –bien que dentro de un marco general de libertad–, que guarda una estrechísima relación con el fenómeno de la *contratación* de consumo. La Publicidad se sitúa en las primeras fases del proceso de celebración de contratos mercantiles y de consumo, ya que –en la medida en que constituye una forma de comunicación– proyecta *mensajes dirigidos a los potenciales clientes*, cuyos mensajes no son “neutros” o “innocuos”, sino que poseen un carácter sesgado y vectorial: tienen el propósito –por lo demás, *legítimo* [“*prima facie*”]– de seducir e inducir a celebrar contratos.

Otra conclusión que se puede extraer del art. 2º, nº 1, LGPub., tiene que ver con la amplitud subjetiva [o subjetivo-*funcional*] de la actividad publicitaria: en principio, parece que todo empresario puede llevar a cabo una actividad de “*comunicación ..., en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones...*”. Es más; a decir verdad, el art. 2º, LGPub. ni siquiera exige que el Anunciante haya de ser, necesariamente, un *empresario*, abriendo la posibilidad de hacer uso de la Publicidad comercial a cualquier “*persona física o jurídica, pública o privada*”. Si digo que se trata de empresarios, lo afirmo –más bien– por las circunstancias en las que esas personas llevan a cabo la actividad publicitaria: “*en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional*”, y si las dos primeras actividades son propias de los empresarios,

1363 http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura.

1364 BAUMBACH, A. y HEFERMEHL, W.: “*Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze*”, edit. C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 15ª ed. Actualizada, Munich, 1988, p. 1033.

la actividad artesanal y la profesional [se entiende que profesional *liberal*] pueden resultar mucho menos empresariales.

Igualmente cabe deducir que en lugar de una noción *amplia* de Publicidad, que englobaría –hipotéticamente– cualquier actividad que tuviera por objeto *difundir hechos* o situaciones ligadas a la *empresa mercantil*, la LGPub./1988 opta por una noción restringida, que hace “*tabula rasa*” de su hipotética virtualidad *informativa*: la LGPub./1988 es una Ley que no exige que la Publicidad haya de tener, en sí misma, carácter informativo, ni que tenga por finalidad la información a los destinatarios del mensaje publicitario. De todos modos, hay que hacer alguna matización o advertencia:

d. Para empezar, existen normas jurídicas –un tanto heterogéneas– que pueden contemplar una Publicidad de tono *informativo*, como sucede con el régimen jurídico de la Publicidad bancaria, o con la regulación administrativa de la Publicidad comercial, que se contiene en alguna ley autonómica.

e. Pero –sobre todo– que la LGPub./1988 no exija que la Publicidad haya de tener, en sí misma, carácter informativo, ni que tenga por finalidad la información a los destinatarios del mensaje publicitario, no significa que prohíba o que excluya de su ámbito la Publicidad formada por mensajes de contenido informativo objetivo, acerca de las características de los productos o servicios promovidos.

En cualquier caso, la LGPub./1988 limita el concepto de Publicidad a toda aquella actividad de comunicación dirigida, precisamente, a *promover* de forma directa o indirecta la *contratación* de bienes o servicios, ya que constituye una técnica agresiva de la que se sirven los empresarios, en el marco de un sistema económico competitivo, para –*lejos de aguardar pasivamente la demanda de sus mercancías y servicios*– anticiparse a los deseos de los consumidores; anticiparse a la propia Demanda, con ánimo de configurarla y atraerla hacia sí ⁽¹³⁶⁵⁾. En este sentido, algún autor alemán define la Publicidad Comercial [“*Werbung*”] asociándola con la expresión “*Anpreisung*”; del verbo “*anpreisen*” [irr. Transitivo, que se asemeja al verbo “*empfehlen*”] y significa –por tanto– ora *recomendar*, ora bien –en una segunda acepción– *elogiar* o *alabar* [OMEGA /data/web/audio/2007/ale/audio_anpreisen.mp3]⁽¹³⁶⁶⁾. Así las cosas, también podemos señalar que, cuando se habla de “*promociones publicitarias*”, se incide –hasta cierto punto– en un *pleonismo*, pues la Publicidad comercial privada o tiene una finalidad *promocional*... o *no es verdadera publicidad* ⁽¹³⁶⁷⁾.

Llegados a este punto, lo primero que se hace evidente es la estrecha relación que existe entre los conceptos de Promoción de Ventas y de Publicidad comercial: ambas tienen fines de promoción. Y precisamente por este motivo, se ha elegido al concepto de Publicidad como el término de comparación, para llegar a una noción de lo que sea la actividad de Promoción de ventas, tal como la concibe el art. 18 L.Com./96.

1365 FERNÁNDEZ-NÓVOA,C.: “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad”, en “*Estudios de Derecho de la Publicidad*. Homenaje da Facultade de Dereito ó Autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa, catedrático de Dereito mercantil nos XXV anos de cátedra”, edit. Servicio de Publicacións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, p. 57. DESCALZO GONZÁLEZ,A.: “*Principio de Veracidad y Política pública en el Mercado de la Publicidad comercial*”, edit. Dykinson,S.L., Madrid, 2003, p. 26. KREFT,G.: § 14. Werbung, en VV.AA.: “*Handbuch des Wettbewerbsrechts*”, editado por W.Gloy, edit. C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1986, p. 107, dice que el objetivo de la Publicidad es promover la celebración de contratos y operaciones comerciales, merced a la proyección de un influjo o influencia espirituales, racionales o emocionales, pero físicamente no impuestos, sobre los destinatarios del mensaje publicitario. Señala BIGOT,Ch.: “*Droit de la Création publicitaire*”, edit. Librairie General de Droit et Jurisprudence, París, 1997, p. 1, que la publicidad no existiría si no hubiera productos o servicios que promocionar o promover, o si no hubiese una imagen de empresa que mejorar. BAUMBACH/HEFERMEHL: “*Wettbewerbsrecht*...”, cit., 15ª ed., p. 1033.

1366 BAUMBACH/HEFERMEHL: “*Wettbewerbsrecht*...”, cit., 15ª ed., p. 1033, definen la Publicidad, en sentido amplio, como toda recomendación elogiosa [“*Anpreisung*”] de productos o servicios, dirigida a otras personas, en el curso o en el marco de una actividad negocial, tanto si esas otras personas forman un colectivo amplio, como si no.

1367 BIGOT,Ch.: “*Droit de la Création publicitaire*”, cit., p. 1, por su parte, añade que la Creación publicitaria “*no es un arte desinteresado: es arte aplicado a la promoción*”.

Ahora bien, aunque la Publicidad comercial privada tenga una finalidad esencialmente promocional, también es cierto que la Publicidad, en sentido *estricto*, no es la única técnica de promoción comercial; no es la única vía con que cuentan los empresarios para promocionar entre el público sus productos y mercancías: el Vendedor profesional dispone de *otras modalidades* de lo que se ha dado en llamar, por los estudiosos del “marketing”, la comunicación *persuasiva* empresarial (¹³⁶⁸); es decir: un conjunto de actuaciones y actividades que, si ciertamente engloban la Publicidad, también abarcan otras actividades –relaciones públicas, “marketing”, venta personal...– que tienen en común el estar destinadas a asegurar el máximo desarrollo de las ventas (¹³⁶⁹), y entre las cuales destaca la denominada *Promoción de ventas*, que viene siendo ampliamente utilizada, en nuestro país, desde hace ya tiempo: primeramente, por la rapidez con que puede ser puesta en marcha una campaña de promoción y la flexibilidad de su utilización. En segundo lugar, porque logra conseguir resultados en un corto plazo, y –en tercero– porque esta técnica permite medir con facilidad los resultados obtenidos, al tiempo que facilita una amplia segmentación y localización (¹³⁷⁰) de clientes y mercados.

Así las cosas; si la Publicidad comercial persigue fines esencialmente promocionales, pero –a su vez– aparece como algo diferente de la Promoción de Ventas, que –como su propio nombre indica– también es una actividad esencialmente promocional, entonces ¿qué las distingue?

En nuestra opinión, cuando el art. 18, nº 1, L.Com./1996, lo mismo que el conjunto del Tít. II, L.Com., emplean el término “promoción” para construir el referido concepto de la Promoción de ventas, quieren describir más bien la *finalidad* de la actividad, que la índole o contenido de la actividad misma, e incluso más bien que la forma en que se desarrolla el contenido de esa actividad promocional; es decir: que pretenden describir la causa u objetivo de las distintas conductas, actividades, técnicas y procedimientos operativos enumerados en su articulado, sin cuestionarse la forma en que éstas “actividades” llegan a conocimiento del público (¹³⁷¹). Es –precisamente– en este aspecto o desde este punto de vista, como la Promoción de Ventas puede ser *diferenciada* de la Publicidad, propiamente dicha: ontológicamente, la Publicidad aparece definida en el art. 2º LGPub. como “*toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*”. Se trata, pues, de una forma de comunicación proveniente de un sujeto *profesional* y con un *fin económico* determinado: *promover la contratación* (¹³⁷²).

1368 Y es que, como señala LEMA DEVESA, C.: “*La Publicidad de tono excluyente*”, edit. Servicio de Publicaciones de la Fundación “Pedro Barrié de la Maza, Conde de Fenosa”/Montecorvo, S.A., Madrid, 1980, p. 51, “*el empresario se encuentra con la necesidad de comunicarse con el público de los consumidores; y esta imprescindible comunicación se logra a través de la Publicidad*”. Sobre la promoción como modalidad de comunicación persuasiva, vid. MELARA SAN ROMÁN, M^a. del P.: “*Análisis comparado de la legislación española sobre ventas promocionales*”, edit. Civitas, S.A./Instituto Nacional del Consumo, 1ª ed., Madrid, 2001, p. 22. VELA GARCIA, C.: cit., p. 22. PALAU RAMÍREZ, F.: “*Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio*”, edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A./Idelco [“Instituto del Libro Comercio”], Madrid/Barcelona, 1998, p. 25. Idem.: Comentario a los artículos 18 a 21, en VV.AA.: “*Régimen jurídico general del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*”, coord. por F.J. Alonso Espinosa, J.A. López Pellicer, J. Massaguer Fuentes y A. Reverte Navarro, edit. McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 291. KREFT, G.: § 14. Werbung, cit., p. 107.

1369 PALAU RAMÍREZ, F.: “*Descuentos promocionales...*”, cit., p. 25.

1370 MELARA SAN ROMÁN, M^a. del P.: cit., 1ª ed., pp. 22 y ss. PALAU RAMÍREZ, F.: “*Descuentos promocionales...*”, cit., p. 25.

1371 CARRASCO PERERA, A. y ÁLVAREZ MÉNDEZ, O.: Comentario al Artículo 18, en VV.AA.: “*Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*”, coord. por R. Bércovitz Rodríguez-Cano y J. Leguina Villa, edit. Tecnos, S.A., Madrid, 1997, p. 352.

1372 BAUMBACH/HEFERMEHL: “*Wettbewerbsrecht...*”, cit., 15ª ed., p. 1033. DESCALZO GONZÁLEZ, A.: “*Principio de Veracidad y...*”, cit., p. 26.

En cambio, cuando el término “*promoción*” aparece utilizado en las diversas disposiciones sobre ordenación del *comercio*, y –concretamente– cuando lo emplea el art. 18 LCom./1996, como este precepto atiende más a la *finalidad* de la actividad, que a la índole o contenido de la actividad misma y que a la *forma* que adopta, o bajo la que se manifiesta, para llegar hasta el público de los consumidores, entonces podremos concluir que el concepto de “*Promoción*” no necesita –a diferencia del concepto “*Publicidad*”– incluir referencias a la actividad de *comunicación*. Por este motivo, aunque ambas nociones –Promoción y Publicidad– comparten sus elementos definitorios *teleológicos*, el fin de una actividad –llamada Publicidad o Promoción de Ventas– *no explica lo que ella es*, en sí misma. Y es en el plano de la esencia; en el plano ontológico, donde es posible apreciar la diversidad entre Publicidad y Promoción. Y es que, si el fin de promover la contratación sirve para definir la Publicidad *comercial*, lo cierto es que este dato *no agota*, por sí sólo, *la definición*, y a pesar de la referencia a este objetivo, como fin de la Publicidad, no por ello deja ésta de ser –más que nada– *una forma de comunicación*, pues –por mucho que la finalidad perseguida sea relevante– no parece legítimo definir algo por la finalidad que con ese algo se quiere alcanzar. En cambio, de la Promoción de Ventas no se dice que sea ella misma, ni que tenga que consistir en una forma de comunicación, aunque ciertamente pueda adoptar esa configuración externa, o –mejor– constituir el objeto de la comunicación publicitaria; el contenido ideológico del *mensaje publicitario*, al que se refiere el art. 2º, “*in fine*”, LGPub. A efectos de la L.Com./1996, la Promoción de Ventas designa el conjunto de *actividades* que tienen por objeto el *acercar* al consumidor los *productos* o prestaciones *ofrecidos*, y que se caracteriza por factores como el de constituir una técnica que le permite centrar su esfuerzo en la atención *personal* a cada uno de sus potenciales clientes ⁽¹³⁷³⁾, frente a la proyección universal e indistinta –si se nos permite la expresión– del mensaje publicitario, sobre la base de un régimen de *incentivos* sobre la decisión de compra, orientados a incrementar las ventas del producto promocionado ⁽¹³⁷⁴⁾. He aquí el rasgo más distintivo de la promoción de ventas: el fundamental recurso a la técnica de los *incentivos*, que –por el contrario– tampoco tiene por qué existir en la Publicidad. Así, p.e., la actividad de promoción de ventas puede consistir en la adopción de medidas muy diversas, muchas de ellas –aunque no todas– caracterizadas por el dato de que el Empresario *ofrece temporalmente un valor adicional*, que se ha de sumar al producto cuya venta quiere promocionar. Ese sería un incentivo *positivo*: hay otros *negativos*, como puede ser el uso de *técnicas agresivas* ⁽¹³⁷⁵⁾ –p.e: sistemas de “*bola de nieve*”–. Por consiguiente, cabe afirmar que la Promoción de Ventas constituye un conjunto de *incentivos sobre la decisión del Consumidor* que, actuando sobre la economía de la compra, tienen el propósito de *incrementar las ventas* del producto promocionado, el incremento de ventas de otros productos, *incrementar la afluencia de clientes* o *transmitir una imagen* de establecimiento de precios competitivos ⁽¹³⁷⁶⁾ ⁽¹³⁷⁷⁾.

1373 VELA GARCIA,C.: cit., p. 22. PALAU RAMÍREZ,F.: “*Descuentos promocionales...*”, cit., p. 27. Idem.: Comentario a los artículos 18 a 21, p. 291. FABRE,R.: “*Droit de la Publicité et de la promotion des ventes*”, edit. Dalloz, Paris, 1996, p. 157 [“*Les techniques de promotion de vente consistent à mettre en avant le produit ou les conditions dans lesquelles il peut être obtenu de manière à accélérer son écoulement*”]. Una visión muy amplia se encuentra en KREFT,G.: § 14. Werbung, cit., p. 107, que incluye medidas como la formación de los vendedores, aunque el Autor alemán coincide en referirse a técnicas como las ventas con obsequio.

1374 CARRASCO PERERA/ÁLVAREZ MÉNDEZ.: Comentario al Artículo 18, cit., p. 351. PALAU RAMÍREZ,F.: “*Descuentos promocionales...*”, cit., p. 27.

1375 Que hay una promoción de ventas basada en técnicas agresivas lo señala FABRE,R.: “*Droit de la Publicité et ...*”, cit., p. 157.

1376 ALPA,G.: cit., p. 253. MELARA SAN ROMÁN,Mª. del P.: cit., 1ª ed., p. 22. VELA GARCIA,C.: cit., p. 23. CARRASCO PERERA/ÁLVAREZ MÉNDEZ.: Comentario al Artículo 18, cit., p. 351.

1377 Estos supuestos, y otros diferentes, pueden entrar dentro de las denominadas “*modalidades especiales de venta*”; noción de sentido confuso y poco claro, como demostrarían, así las *diferencias de contenido entre el nuevo art. 18 LCom. y la Proposición de Ley presentada, en su día, por CIU.*, así como –también– *los contenidos de las diferentes leyes autonómicas sobre comercio interior*, que –en una primera aproximación– emplean *nociones distintas* e incluyen *modalidades o actividades diferentes*. La Ley vasca habla de “*otras modalidades especiales de venta*”, incluyendo las rebajas, saldos, liquidaciones, ventas de promoción y automáticas. Tratando –por separado, y bajo la rúbrica “*prácticas comerciales especiales*”– las ventas en cadena, con sorteo y con premios. La Ley andaluza

Pues bien; si hemos de distinguir –siquiera por el momento– la Publicidad, respecto de la Promoción de Ventas, lógicamente habremos de enfatizar aquellos puntos que no comparten; que no son comunes a ambas, sino privativos de una sola, o ajenos a ella:

3. La promoción de ventas se basa en los incentivos, y no en la mera sugestión.
4. La promoción de ventas no precisa de propia comunicación.

Mas si la Publicidad comercial es objeto de regulación legal, *también* lo es la *Promoción comercial*, a la que dedican su atención múltiples disposiciones legales, que se ocupan de ella *independientemente de la regulación de la Publicidad*, lo cual ya nos pone de aviso en cuanto a que se trata de dos nociones que, por muchas que sean sus concomitancias y sus relaciones (¹³⁷⁸), no dejan de ser *distintas*.

El Cap. Iº, Tít. II, LCom., formado por los arts. 18 a 23, opta por proteger a los consumidores que se ven convertidos en objetivo de las prácticas promocionales, por medio de una regulación general, propia y específica, que incide sobre las *actividades*, más que sobre los *actos* concretos, y que se caracteriza por varias reglas que constituyen “*condiciones sine quibus non*” de licitud de la actividad, de forma que esa actividad de promoción *sólo* podrá desarrollarse lícitamente, *si se cumplen* tales requisitos, establecidos por la LCom. de forma muy taxativa, con objeto de evitar fraudes de ley (¹³⁷⁹). También se imponen ciertas limitaciones y deberes previos a cargo de los vendedores, así en relación con los objetos vendidos, con las circunstancias de la operación..., esto si es que no se establece la prohibición directa de algunas prácticas o actividades (¹³⁸⁰). En esta línea, el art. 19, nº 3, establece que se calificará como engañosa la oferta de productos con prima o regalo, cuando el consumidor no reciba real y efectivamente lo que razonablemente cabía esperar. Pues bien, analizando ya, someramente, las características y contenidos de esa regulación general de las actividades de promoción, podemos señalar los siguientes aspectos: a) Reserva de denominación. b) Información: es preciso que los empresarios que recurren a las actividades de promoción de ventas procuren –en todo momento– a los consumidores información suficiente sobre las técnicas promocionales utilizadas [basta echar una ojeada a los arts. 18 y 19 LCom./1996]. Y eso que la regulación de la promoción de ventas, en la LCom., no protege el derecho a la información por parte del Consumidor, o por lo menos no lo hace en el sentido estricto –e intenso– en que lo garantiza el TRLGDCU.yOlc./2007: lo que protege es la *legítima confianza* depositada por el consumidor *en las denominaciones con que aparecen las diferentes técnicas de comunicación persuasiva*, que culmina con la prohibición de ciertas técnicas que constituyen supuestos de publicidad engañosa (¹³⁸¹). Así, entre otras cosas, el art. 19 obliga a proporcionar las siguientes informaciones: duración de la actividad promocional, pues hay que tener en cuenta que estas actividades promocionales tienen un carácter *temporal*. Esto parece que lleva implícito –aunque la LCom./1996 no lo mencione– un deber de disponer de “*stocks*” suficientes para atender a la demanda que se genere con la práctica promocional (¹³⁸²), y –además– que tales “*stocks*” resulten coherentes o ajustados con la importancia de la publicidad que se haya llevado a cabo (¹³⁸³). Además, en su caso, habrá que proporcionar información sobre las *reglas* a las que quedarían sometidas las ventas promocionales; reglas que pueden ser muy diferentes y de muy diversos tipos, sobre

incluye –bajo el común denominados de “*ventas promocionales*”– las ventas con prima, rebajas, saldos y liquidaciones, etc. Por citar, sólo, algunos ejemplos. No existe ninguna pretensión clasificatoria; razón por la cual todos los distintos criterios y perspectivas podrían ser válidos [CARRASCO PERERA/ÁLVAREZ MENÉNDEZ.: Comentario al Artículo 18, cit., p. 349].

1378 Tantas que la distinción entre Publicidad y Promoción es difusa y sus límites resultan flexibles y cambiantes [KREFT,G.: § 14. Werbung, cit., p. 107].

1379 LOBATO GARCÍA-MIJÁN,M.: Comentario al Artículo 18, cit., p. 162.

1380 POLO SANCHEZ,E.: “*La Protección del consumidor...*”, cit., p. 103.

1381 CARRASCO PERERA/ÁLVAREZ MENÉNDEZ.: Comentario al Artículo 18, cit., ps. 353 y s.

1382 DÍAZ-ALABART,S.: Comentario al Artículo 19, cit., p. 376.

1383 DÍAZ-ALABART,S.: Comentario al Artículo 19, cit., p. 376.

todo en aquellos casos como los de las ventas con obsequio o las ventas en promoción, en donde puede darse un mayor número de variaciones (1384).

Un tercer aspecto –c)– es la tipificación: cada una de estas modalidades de promoción de ventas se delimita cuidadosamente, respecto de las demás, de forma que se trata de *impedir la confusión* entre ellas [p.e.: vendiendo como rebajas, lo que son –realmente– saldos]. Así, si el comerciante en cuestión quiere utilizar una específica denominación promocional sólo puede hacerlo para llevar a cabo la forma de promoción correspondiente a esa denominación (1385). Y si, a la inversa –y desde un punto de vista material o sustantivo–, el comerciante lleva a cabo una determinada actividad promotora, que reviste ciertas características, con exclusión de otras, *la Ley la calificará como perteneciente a una determinada modalidad de promoción de ventas*, y no a otra distinta (1386). En este sentido, la tipificación de las distintas modalidades conecta con el principio de reserva de denominación del art. 18. Sin embargo, esta técnica de tipificación ha sido criticada por su excesivo *juridicismo*, que la aparta de la realidad práctica, con su rica casuística, caracterizada por lo que se ha descrito como “*promiscuidad social de los tipos promocionales*”, que viene determinada –a su vez– por cuatro causas: la imposibilidad de establecer límites seguros, la desconexión entre la denominación típica y el contenido de la práctica promotora, la ductilidad de los supuestos de hecho y, por fin, la existencia de libertad de denominación de algunos tipos legales (1387).

En cuarto lugar –d)– la constancia de la reducción de los precios: siempre que se ofrezcan artículos con reducción de precio, “*deberá figurar con claridad, en cada uno de ellos, el precio anterior junto con el precio reducido*”, salvo en caso de que se trate de artículos puestos a la venta por primera vez. Esta norma no se explica, meramente, en términos de plenitud de la oferta; no se explica sólo en el sentido de que la oferta de un contrato de compraventa debe fijar el precio, sino que –más bien– se justifica por la enorme importancia que posee, en la publicidad y la oferta-publicidad de los productos, la determinación de su precio, ya que “*el precio es uno de los elementos fundamentales a la hora de tomar una decisión de compra*” (1388), y en este caso la *diferencia* de precios es, precisamente, *el factor incentivador*; el factor promocional que tiende a incitar a potenciales compradores, que deben tener idea clara de cuánto ahorran en la compra. Sin embargo, se prohíben las ventas *con pérdida*, que –por otra parte– pueden constituir una práctica de competencia *desleal*.

En quinto y sexto lugar, respectivamente: e) la determinación de los artículos ofertados: los artículos que se ofrecen a un precio inferior deberán estar suficientemente *separados* de los que se ofrecen al precio normal, de modo que no pueda razonablemente existir error, entre los que son objeto de una oferta promocional, y los otros [art. 21 LCom.]. Y –f)– el control en las ventas “*multinivel*”: el citado Tít. II LCom. se ocupa –además– de definir y regular las llamadas ventas *multinivel*, de las cuales prohíbe una modalidad especial o –siquiera– una operación próxima, ya que ambas pertenecen a la categoría de las actividades de distribución de productos al por menor; a saber de las llamadas ventas “*en pirámide*”, que en el Derecho comparado son conocidas como ventas “*en bola de nieve*”, por considerar que se trata de prácticas desleales. En este sentido, si las ventas multinivel son lícitas, las ventas en pirámide son ilícitas (1389).

1384 DÍAZ-ALABART,S.: Comentario al Artículo 19, cit., p. 377.

1385 CARRASCO PERERA/ÁLVAREZ MENÉNDEZ.: Comentario al Artículo 18, cit., p. 357.

1386 CARRASCO PERERA/ÁLVAREZ MENÉNDEZ.: Comentario al Artículo 18, cit., p. 357.

1387 CARRASCO PERERA/ÁLVAREZ MENÉNDEZ.: Comentario al Artículo 18, cit., pp. 359 y ss.

1388 DÍAZ-ALABART,S.: Comentario al Artículo 20, en VV.AA.: “*Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*”, coord. por R.Bércovitz Rodríguez-Cano y J.Leguina Villa, edit. Tecnos,S.A., Madrid, 1997, p. 389.

1389 LOBATO GARCÍA-MIJÁN,M.: Comentario al Artículo 22, en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*”, dir. por J.L.Piñar Mañas y E.Beltrán Sánchez, edit. Civitas,S.A./Universidad San Pablo-CEU., Madrid, 1997, ps. 170 y s. ERVINE,W.C.H.: “*Consumer Law in Scotland*”, edit. W.Green/Swett & Maxwell, Edinburgo, 1995, p. 282.

a.2.– Publicidad, libertad del destinatario del mensaje publicitario y transparencia publicitaria.

Con anterioridad ya se ha abordado el tema de la Publicidad, haciéndose referencia a su potencial papel protagonista en las primeras fases del proceso de la negociación contractual, en relaciones de consumo. Pues bien, la Publicidad puede revestir diferentes formas: en ocasiones, es perfectamente perceptible como tal publicidad; “*el público destinatario de la publicidad se da cuenta de que lo que el anunciante presenta en sus anuncios para promover sus bienes y servicios constituye una actividad publicitaria*” (1390). Pero, en otras ocasiones –y como medida de persuasión, para superar una posible actitud negativa y de desconfianza de los destinatarios, frente a los mensajes publicitarios, por el simple hecho de ser tales– los anunciantes recurren a tácticas y procedimientos de persuasión *no perceptible*; es decir: que actúa utilizando técnicas “*que pretenden persuadir al público sin que éste perciba claramente que se trata de alegaciones publicitarias*” (1391). Pues bien, este tipo de técnicas y otras más suscitan dudas acerca de su *licitud* (1392), por cuanto el hecho de que la Publicidad comercial privada sea una actividad voluntaria y de que, en un marco de libertad, pueda adoptar o revestir múltiples formas, *no significa* que sea una actividad libérrima y *absolutamente discrecional* para los empresarios que recurren a ella. Bien por el contrario, la actividad publicitaria puede estar legalmente regulada; más precisamente, “*del mismo modo que las restantes actividades empresariales, la publicidad económica está sometida al imperio de las normas jurídicas*” (1393). Y esto es, cabalmente, lo que sucede en nuestro Ordenamiento jurídico, donde la publicidad privada, como medio de captación de clientela, promoviendo la contratación de bienes o servicios, se halla regulada por la LGPub. 34/1988, que se inspira en las Directivas comunitarias sobre la materia (1394), aunque hay que tener en cuenta, igualmente, lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), que al definir el concepto de “Comercio Electrónico” lo ha hecho en términos muy amplios: “*cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un receptor de un servicio*” (1395), incluyendo –entre otras actividades– el envío de comunicaciones comerciales [verdadero supuesto de publicidad comercial por vía electrónica].

El prototipo paradigmático de control normativo sobre la actividad publicitaria, es el que consiste en la existencia de *normas* jurídicas que regulan los *requisitos y condiciones* de los *mensajes* publicitarios y de su *difusión*. Así, el Tít. II LGPub., bajo la rúbrica “*De la Publicidad Ilícita*”, establece ciertas prohibiciones en materia de publicidad, vinculadas con la ilicitud de la actividad o de los mensajes publicitarios en cuestión (1396). El régimen jurídico de la Publicidad económica siempre ha estado conformado en torno a ciertos principios jurídicos, que magistralmente señalaba el Prof. FERNÁNDEZ-NÓVOA, tomándolos del antiguo art. 6 Est.Pub./1964: legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia (1397).

1390 TOBÍO RIVAS, A.M.^a: “La actual regulación de la Publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, en RDM, 2000, n.º 237, julio-septiembre, p. 1155.

1391 TOBÍO RIVAS, A.M.^a: “La actual regulación...”, cit., p. 1156.

1392 TOBÍO RIVAS, A.M.^a: “La actual regulación...”, cit., p. 1156.

1393 FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: “La interpretación jurídica...”, cit., pp. 60 y ss. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24^a ed., p. 76.

1394 URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24^a ed., p. 76. ALONSO SOTO, R.: “Derecho de la Competencia (IV). Competencia Desleal y Publicidad”, cit., p. 345.

1395 PARDO GATO, J.R.: “Problemas materiales y competenciales del comercio electrónico”, en VV.AA.: “*Defensa e Internet*”, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2006, pp. 232 a 245; “Inseguridad jurídica y comercio electrónico...”, cit., pp. 35 a 76. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ-CASQUET, F.: “El marco jurídico del Comercio y la Contratación electrónicos”, en VV.AA.: “*Principios de Derecho de Internet. Incluye comentarios y texto íntegro de la nueva Ley de Internet*”, dir. por P.García Mexía, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 331.

1396 Se habla de publicidad *ilícita*, que es una noción propiamente jurídica, aunque también hay quien habla –o menciona el uso del término– publicidad “*contaminada*”, como sinónimo de todas las formas de publicidad desleal, engañosa e ilícita [RAMOS FERNÁNDEZ, F.: “*La Publicidad Contaminada. Los consumidores ante la Autorregulación publicitaria*”, edit. Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2003, p. 11].

1397 FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: “La interpretación jurídica...”, cit., p. 61.

Ahora bien, que esta sea la vía paradigmática y “regular” —es decir: la que constituye “regla” general— para llevar a cabo el control de la licitud de la actividad publicitaria, no significa que sea la única vía: existen otras técnicas de control de la Publicidad. El sometimiento a control de la actividad publicitaria, impuesto por razones de interés general, incluyendo —principal, pero no exclusivamente⁽¹³⁹⁸⁾— la protección de los consumidores⁽¹³⁹⁹⁾, puede tener lugar o puede materializarse en diversas formas y por medio de diversas técnicas, y no hay que pasar por alto el empleo de técnicas interventoras administrativas, tales como la exigencia de comunicación de las campañas⁽¹⁴⁰⁰⁾, o —sobre todo— como las autorizaciones que se utilizan —p.e.— en el caso de la publicidad farmacéutica, de conformidad con los arts. 102 de la Ley General de Sanidad y 31 de la Ley del Medicamento⁽¹⁴⁰¹⁾, pero también, precisamente, en el ámbito de la publicidad bancaria/financiera [vid., p.e., art. 48, nº 2, apdo. d), de la Ley nº 26/1988, de 29.07.1988, de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito].

Ahora bien, sucede que el art. 32 L.Comp.Des., modificado por el art. 1 de la Ley 29/2009, de 30.12.2009, limita las acciones por competencia desleal, que son las que proceden en caso de *publicidad ilícita* —conforme al art. 6 LGPub., en la redacción dada por el art. 2 Ley nº 29/2009— a acciones cuyo objeto no tiene que ver con la anulación o impugnación de los contratos que puedan resultar de ella, sino que se limitan a:

1. Acción declarativa de deslealtad.
2. Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.
3. Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.
4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
5. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.
6. Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

¿Significa esto que los contratos celebrados como consecuencia de una campaña publicitaria ilícita se hallan extramuros de las técnicas de control de la *licitud contractual*? No parece que se pueda llegar, sin más, a esta conclusión. Lo que sucede es que las referidas técnicas de *control de la licitud contractual*, que tienen que ver con la posibilidad de *declarar ineficaces* los contratos celebrados en circunstancias *irregulares* o *ilícitas*, pretenden —precisamente— proyectar su incidencia sobre *negocios jurídicos* —contratos— *singulares* o *singularmente* considerados. No constituyen técnicas de control de *actividades*, sino de *actos*, incluso aunque pudiera revestírselas de una eficacia “*ad tertios*”.

Por este mismo motivo, las técnicas de control de la *licitud/validez/eficacia contractuales* han de aplicarse, no cuando pueda existir una cierta ilicitud del “*entorno*” de la negociación contractual, sino solamente cuando esa ilicitud del entorno *incide, directamente*, sobre los *requisitos de validez del contrato*; a saber: consentimiento, objeto y causa. Porque una cosa es que la publicidad persiga un propósito inductor... y otra muy diferente que produzca un *efecto* de inducción, y que —además— ese efecto sea de tal naturaleza que, p.e., haya viciado el consentimiento... Pero entonces, no es la pu-

1398 FERNANDO MAGARZO, M^a.del R.: “Nociones básicas...”, cit., p. 5, quien señala que hay que distinguir entre una publicidad dirigida al público y publicidad dirigida a los profesionales.

1399 GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “El Derecho del Consumo: un nuevo “estado de la materia” jurídica (Reflexiones en torno al artículo 7º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)”, en Foro.G., 2005, nº 194, VIIª Época, pp. 21, 35 y 36.

1400 FERNANDO MAGARZO, M^a.del R.: “Nociones básicas...”, cit., p. 5.

1401 FERNANDO MAGARZO, M^a.del R.: “Nociones básicas...”, cit., p. 5.

blicidad ilícita la que se ataca, sino el contrato. Y no es porque la publicidad que indujo a celebrarlo fuera ilícita, sino por haber viciado el libre consentimiento.

De todos modos, cabe la posibilidad de que la protección del consumidor, frente a las técnicas publicitarias se extienda, incluso, a la publicidad que es lícita, porque –en ocasiones– el Ordenamiento jurídico puede reconocer un *derecho a no recibir publicidad*. En este sentido, vinculado con la actividad publicitaria en red, se plantea el problema de las comunicaciones *no solicitadas*; cuestión que suscitó la preocupación en el Derecho Informático, antes que en el ámbito de la comunicación postal tradicional⁽¹⁴⁰²⁾. A este respecto, cabe adoptar dos posturas posibles y opuestas: bien la admisión de la práctica de remitir comunicaciones comerciales no solicitadas, o bien –por el contrario– la prohibición de la misma. La Directiva no impuso a los Estados ninguno de ambos sistemas, “*per se*”: más bien parece que reconoce que *ambas* posibilidades *caben*, dependiendo de lo que prevea cada Estado. Por consiguiente, la Directiva sólo se ocupa de prever qué sucederá en aquellos Estados *donde sí se admita* esta práctica: dichos Estados habrán de garantizar la transparencia; es decir: que la comunicación comercial no solicitada sea *identificable* de manera *clara e inequívoca*, como tal, en el momento mismo de su recepción. Por decirlo con otras palabras: “Donde no hay prohibición, *transparencia y libre elección del Usuario*”. Estos principios no son del todo nuevos ni exclusivos de la contratación informática en sentido estricto: ya habíamos podido comprobar como, en relación con la figura de las ventas a distancia –tan próximas al ámbito de la contratación en Internet, etc.–, el art. 39 LCom. estableció que “*en todas las propuestas de contratación deberá constar inequívocamente que se trata de una propuesta comercial*”, añadiendo que “*asimismo, se deberá informar al consumidor de que la utilización de una técnica de comunicación a distancia para la transmisión del pedido tiene carácter oneroso, a menos que este extremo resulte evidente*”, y que en todo caso deberán cumplirse las “*disposiciones vigentes sobre respeto a la intimidad y sobre protección de los menores, considerándose solamente el nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral, como datos accesibles al público, en los términos establecidos por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y dando oportunidad a las personas de oponerse a recibir comunicaciones comerciales*”.

Por otra parte, la Directiva –supuesta la posibilidad del envío de comunicaciones comerciales no solicitadas– ofrece la posibilidad de que los destinatarios *se opongan* a su envío, merced al sistema de inserción en una lista [sistema de “*opting out*” o autoexclusión]⁽¹⁴⁰³⁾, que los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, en la medida en que les está permitido recurrir a estas técnicas publicitarias, deberían consultar y respetar [art. 7º Dir.SSI.].

Análoga preocupación por el problema de las comunicaciones no solicitadas se ha dejado sentir en el art. 21 LSSICE, que lleva por título –precisamente– el de “*prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes*”, y establece que “[q]ueda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas”, a no ser cuando “*exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija*”. Cuando se dice que “*queda prohibido*” el envío de comunicaciones publicitarias por correo electrónico etc., que previamente no

1402 GUILLÉN CATALÁN,R.: “*SPAM. y comunicaciones...*”, cit., p. 106.

1403 GUILLÉN CATALÁN,R.: “*SPAM. y comunicaciones...*”, cit., p. 106.

hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por sus destinatarios ⁽¹⁴⁰⁴⁾, no estaremos ni ante un sistema de transparencia, ni de “*opting out*” [Autoexclusión], sino –más bien, y muy al contrario– de “*opting IN*” [Autoinclusión], de modo que el usuario o destinatario de los servicios no debería recibir ninguna comunicación comercial no solicitada ⁽¹⁴⁰⁵⁾.

Finalmente, en una nueva concesión al principio de transparencia, el art. 22 LSSICE. prevé que, si durante el proceso de contratación o de suscripción de algún servicio, el destinatario de los servicios “*hubiere de facilitar su dirección de correo electrónico*” y el prestador de servicios “*pretendiera utilizarla posteriormente para el envío de comunicaciones comerciales*”, entonces dicho prestador de servicios deberá “*poner en conocimiento de su cliente esa intención y solicitar su consentimiento para la recepción de dichas comunicaciones, antes de finalizar el procedimiento de contratación*”, lo cual vendría a demostrar palpablemente que el consentimiento explícito implica o exige un conocimiento igualmente explícito ⁽¹⁴⁰⁶⁾.

Y, en segundo término, el precepto mencionado permite –en todo momento– que el Destinatario de los Servicios de la Sociedad de la Información (SSI) pueda revocar el consentimiento dado, en relación con la recepción de comunicaciones comerciales por vía electrónica. A tal efecto, basta la simple notificación al remitente de dicha voluntad revocatoria, si bien –una vez más– el Prestador de servicios tendrá la obligación de “*habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios puedan revocar el consentimiento que hubieren prestado*”, facilitando –además– información accesible sobre dichos procedimientos. Y si los prestadores de SSI emplean dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, informarán a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, ofreciéndoles –igualmente– la posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito, lo que –empero– no impedirá el posible almacenamiento o acceso a datos con el fin de efectuar o facilitar técnicamente la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un SSI expresamente solicitado por el destinatario ⁽¹⁴⁰⁷⁾.

b.– Libertad del Consumidor e información precontractual.

Asimismo, el TRLGDCU/2007 trata de garantizar la *libertad* del consentimiento y de lo consentido, comenzando por establecer un régimen de información previa al contrato.

Ya tuvimos oportunidad de señalar, anteriormente, que no existe en nuestro Ordenamiento jurídico positivo ninguna norma que, con carácter *general* o –mejor dicho– con carácter *universal*, establezca el deber de *información precontractual* ⁽¹⁴⁰⁸⁾, aunque –precisamente– tratándose de la contratación con consumidores y usuarios las posibilidades de encontrar normas que sí preven tales deberes parece algo más sencillo, comenzando por el mismísimo art. 51 Const.Esp. Mas, pese a todo, hay que

1404 Inicialmente, el art. 22 Antep.LCom.El. preveía que las comunicaciones no solicitadas deberían venir claramente identificadas como “*comunicaciones comerciales*” y que el destinatario podría *oponerse a su envío*. Sin embargo, parece que luego se derivó a una *prohibición genérica de enviar comunicaciones no solicitadas*.

1405 GUILLÉN CATALÁN,R.: “*SPAM. y comunicaciones...*”, cit., p. 107, quien señala que este sistema “*incrementa el nivel de control sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas, puesto que en un Estado que tiene establecida esta modalidad sólo será lícito el uso comercial de las mismas cuando se autoriza expresamente*”.

1406 PARDO GATO, J.R.: “*Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos: elementos jurídicos de conflicto en el Derecho civil del nuevo milenio*” (Primer Premio Internacional de Artículos Jurídicos *García Goyena*), *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, nº 25, 2004, pp. 13 a 47; “*La caracterización del consentimiento en la red y el momento de perfección electrónico*”, en VV.AA.: “*Defensa e Internet*”, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2006, pp. 246 a 259. GUILLÉN CATALÁN,R.: “*SPAM. y comunicaciones...*”, cit., p. 108.

1407 PARDO GATO, J.R.: “*Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos...*”, cit., pp. 13 a 47; “*La caracterización del consentimiento en la red...*”, cit., pp. 246 a 259.

1408 La existencia de deberes precontractuales de información ha sido defendida por algunos autores, como GHESTIN/DESCHÉ.: cit., pp. 139 y ss. y 933, quienes señalan que se trata de obligaciones que recaen sobre los vendedores profesionales, que contratan con profanos.

reconocer que ni siquiera este art. 51 contiene una proclamación semejante: cuando menos, el referido deber general de información precontractual no aparece explícitamente mencionado, ni siquiera respecto de los contratos de consumo. Esta ausencia dió lugar a interpretaciones dispares: algunas afirmaban su presencia implícita, dentro de ese mismo art. 51, el cual, si no mencionó expresamente el derecho de los consumidores a la información, fue debido a su carácter de derecho *instrumental*, respecto de los demás derechos –que son fundamentales–, cuando lo bien cierto es que, precisamente por esa misma condición suya de *instrumentalidad*, debe considerárselo implícitamente incluido entre los *derechos del Consumidor*, tal como se proclaman en dicho artículo constitucional (¹⁴⁰⁹).

En cambio, existen otras opiniones que niegan la presencia de este derecho en nuestra Constitución y lo relegan a las normas de rango infraconstitucional (¹⁴¹⁰).

Y, por fin, existe otro tercer grupo de opiniones que se muestran proclives a mantener la constitucionalidad formal del derecho de información precontractual a los consumidores y usuarios –es decir, que sitúan la proclamación de semejante deber en el contenido positivo de la propia Constitución–, pero que fundamentan esa pertenencia o esa adscripción, no en el art. 51, sino en el art. 20 Const. Esp., que reconoce el derecho a *difundir y a recibir información* (¹⁴¹¹). Sea como fuere, parece que el Derecho a la Información posee una entidad aún mayor que cualesquiera otros principios generales del Derecho, porque se trata de un principio que no simplemente se induce del conjunto de las normas positivas, sino que se encuentra *expresamente* reconocido en ellas, para algunos como un “*subprincipio*” de la Protección del Consumidor, que es un principio que –a su vez– se encuentra diversificado.

Por su parte, el TRLGDCU, dentro del Tít. I, de su Lib. II, establece la necesidad de que se facilite al consumidor de forma gratuita, sin costes adicionales, información precontractual obligatoria. Esta previsión tiene por objeto evitar prácticas lesivas, conforme a las cuales el cumplimiento de las obligaciones legales de los empresarios no sólo suponen costes adicionales a los consumidores, sino una retribución adicional al operador, mediante la utilización de las nuevas tecnologías. Nuevas tecnologías que, por otra parte, permiten la prestación gratuita de la información mínima exigible, conforme ya está previsto en algunos ámbitos de la actividad económica. A esta finalidad obedece el art. 60 [“*Información previa al contrato*”], que establece que

“1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios (¹⁴¹²) objeto del mismo.

1409 GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: “Notas sobre el derecho de Información del Consumidor”, en RJC., 1980, julio/septiembre, p. 144. Aparentemente, pudiera ser que el mismo criterio fuera seguido, siquiera en parte, por PÉREZ GARCÍA, M.A.: cit., pp. 56 y ss., quien configura la “*Información al consumidor*” como un “*subprincipio*” del *Ordenamiento jurídico*, en el sentido de que *deriva del reconocimiento del “Principio de Protección del Consumidor”*, solo que el autor lo refiere al art. 1º LGDCU. MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C.: Capítulo 11.: “Formación y perfección del Contrato”, cit., p. 374.

1410 ORTÍ VALLEJO, A.: cit., p. 399, quien señala que el art. 51 Const. Esp. no puede ir más allá del sentido de marcar a los poderes públicos una política de actuación en el marco de la protección del consumidor, de adoptar medidas de fomento de la información y educación del consumidor. PÉREZ GARCÍA, P.A.: cit., pp. 56 y ss., también parecía situar el origen de este deber en la LGDCU./1984, aunque la misma fuese un desarrollo del mandato constitucional.

1411 BERMEJO VERA, J.: “El derecho a la Información de los consumidores y usuarios”, en “*Estudios sobre Consumo*”, 1984, nº 3, diciembre, p. 88. PÉREZ GARCÍA, M.A.: cit., p. 67. Al parecer, tampoco el derecho Comunitario de la protección de los consumidores ha establecido, con carácter general, ninguna obligación de información, pese a que es obvio que en la Ordenamiento de la CEE. se considera la información de los consumidores, como una de las exigencias principales. Cfr. REICH, N.: “L’Information du Consommateur: condition de la transparence du Marché. Réflexions sur le droit du consommateur à l’information et le fonctionnement de la concurrence dans le Droit communautaire”, en VV.AA.: «*Concurrence et consommation*», dir. Por Y. Serra y J. Calais-Auloy, edit. Dalloz, 1994, pp. 23 y ss.

1412 Ya contemplado en la antigua LGDCU./1984 [vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C.: Comentario al Artículo 2º, en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”, coord. Por R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Salas, edit. Civitas, S.A., Madrid, 1992, p. 47].

2. *A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además:*

a) *Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa.*

b) *Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.*

c) *Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración.*

d) *Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.*

e) *Garantías ofrecidas.*

f) *Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.*

g) *Existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.*

3. *La información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita”.*

En sentido muy similar, cabe mencionar lo dispuesto en el art. 3 LOf.Rest. [“*Información precontractual*”], tanto en el principio o regla general que establece –el deber de “*poner a disposición de los consumidores y usuarios, de forma comprensible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre las condiciones jurídicas y económicas de los bienes objeto del mismo*”–, como en cuanto a los contenidos mínimos de la información, aunque –claro está– adaptados a las circunstancias especiales de este tipo de contratos. Así, estos preceptos establecen que, antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor o usuario, de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. Se trata de un deber informativo precontractual que –al propio tiempo que se impone, en sí mismo– queda sometido a una serie de exigencias, que se refiere, tanto a la *información*, cuanto al *objeto* de la misma; tanto al mensaje como soporte de la información, cuanto a su contenido ideológico informativo. Estamos, pues, ante un derecho que se proclama a nivel infraconstitucional, como trasunto de lo dispuesto en el art. 51 Const.Esp. ⁽¹⁴¹³⁾; que es irrenunciable –“*la renuncia previa... es nula*”, y que –para mayor garantía del mismo y de su irrenunciabilidad– se persiguen y sancionan con *nullidad* los actos en “fraude de Ley”, que intenten conducir a su elusión [art. 10 TRLGDCU].

Este derecho se protege especialmente cuando se refiere a los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios. En este sentido, el art. 12 [“*Información a los consumidores y usuarios sobre los riesgos de los bienes o servicios*”] establece que:

“1. *Los empresarios pondrán en conocimiento previo del consumidor y usuario, por medios apropiados, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que van destinados, conforme a lo previsto en el artículo 18 y normas reglamentarias que resulten de aplicación.*

2. *Los productos químicos y todos los artículos que en su composición lleven sustancias clasificadas como peligrosas deberán ir envasados con las debidas garantías de seguridad y llevar de forma visible las oportunas indicaciones que adviertan el riesgo de su manipulación”*

1413 MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ,C.: Comentario al Artículo 2º, cit., p. 49.

En consecuencia –y al decir de PÉREZ GARCÍA– el derecho de información no solamente afectaría a los *elementos subjetivos* y a los *elementos formales* de la relación jurídica ⁽¹⁴¹⁴⁾, sino *también a su objeto*, añadiendo una nueva característica a sus notas tradicionales: la “*informabilidad*”, esto es, el Objeto del contrato no solamente tiene que ser real, posible, lícito y determinado o determinable, *también tiene que ser “informable”*. En este sentido, la aplicación más importante del derecho a la información se refiere al ámbito de los *vicios o defectos ocultos* e incluso al ámbito de los aspectos relativos a la propia *seguridad intrínseca del producto o servicio*, si es que éste no presenta defectos de seguridad tales que determinen la prohibición de su comercialización ⁽¹⁴¹⁵⁾. Mas no es el único aspecto relevante del derecho a la información, referido al ámbito de los propios *productos o servicios*.

La información que prevén los preceptos citados es, en primer lugar –veremos si exclusivamente, o no–, una información *pre-contractual*; una información destinada a *hacer efectiva la libertad de contratación del Consumidor* –que se encuentra en una posición de *desigualdad en sus conocimientos*, respecto del empresario o profesional ⁽¹⁴¹⁶⁾–, mediante la evitación de su desconocimiento sobre las condiciones reales –económicas y jurídicas– del contrato a celebrar y del producto que va a adquirir. En este sentido, la dicción de los preceptos es clara y terminante: “*antes de contratar*”, dice el art. 60, nº 1.

Este deber precontractual incidiría, sin duda, sobre el “*iter formativo*” del Contrato, y –por este motivo– la valoración de su contenido y de su correcto cumplimiento, deben hacerse adoptando, como criterio, el de que la información debe ser suficiente para que el Consumidor potencial –es decir: potencial *contratante*– pueda emitir un consentimiento libre ⁽¹⁴¹⁷⁾. Esto supone, en definitiva, que la información –y, por tanto, el alcance del deber de proporcionarla, si es que ese deber existe– debe reunir una serie de condiciones ⁽¹⁴¹⁸⁾, para que –de este modo– el consentimiento contractual del adquirente/consumidor sea más libre, ya que la información le permitirá evaluar razonablemente los pros y los contras del negocio jurídico que –eventualmente– podría llegar a celebrar ⁽¹⁴¹⁹⁾. Así, la información precontractual habrá de ser:

- ◆ Efectiva, eficaz o practicable; es decir: ha de tratarse de una información *idónea para producir los efectos, en aras a la consecución de la finalidad perseguida*.
- ◆ Oportuna: la información debe ser proporcionada al interesado, no en cualquier momento, sino precisamente en *aquel instante o durante aquel período de tiempo en el que el acceder a esa infor-*

1414 PÉREZ GARCÍA, M.A.: cit., p. 58.

1415 PÉREZ GARCÍA, M.A.: cit., p. 59 y s. NAVARRO MUNUERA, A.: Comentario al Artículo 3º, en, VV.AA.: “*Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”, coord. Por R.Bércovitz Rodríguez-Cano y J.Salas, edit. Civitas, S.A., Madrid, 1992, ps. 90 y s.

1416 MARTÍNEZ PÉREZ, M.A.: cit., p. 69.

1417 MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C.: Capítulo 11.: “*Formación y perfección del Contrato*”, cit., p. 375. ORTÍ VALLEJO, A.: Comentario al Artículo 13, cit., p. 409.

1418 NAVARRO MUNUERA, A.: Comentario al Artículo 3º, cit., ps. 91 y s. ORTÍ VALLEJO, A.: Comentario al Artículo 13, cit., pp. 411 y s.

1419 ORTÍ VALLEJO, A.: Comentario al Artículo 13, cit., p. 404, quien señala que, siendo el fundamento de la Protección de los Consumidores, la premisa –constatada– de la desigualdad y el desequilibrio económicos, entre éstos y los empresarios y profesionales que les suministran bienes o servicios, y como quiera que esa desigualdad se traduce, entre otras cosas, en desigualdad de conocimientos, en perjuicio del Consumidor, parece lógico concluir que una de las finalidades del Derecho consumerista es equilibrar esa desigualdad de conocimientos, haciendo que el consentimiento contractual sea más libre, porque haya sido formado clara y reflexivamente. En el mismo o parecido sentido, dentro de la Doctrina comparada, vid. GHESTIN/DESCHÉ.: cit., pp. 135 y ss., quienes señalan que, habida cuenta del papel esencial del consentimiento libre, en la conclusión del contrato, y teniendo en cuenta la desigualdad de las partes, en las relaciones entre profesional/vendedor y adquirentes/profanos, han potenciado, no sólo la ampliación del ámbito de los vicios del consentimiento, sino –sobre todo– la aparición de una normativa de protección del consentimiento, lo que se refleja, no ya en las posibilidades de retractación, sino –entre otras medidas (algunas de orden público)– el reconocimiento de una obligación precontractual de información, que incumbe al Vendedor profesional, cuando trata con adquirentes profanos.

mación puede resultarle útil. Incluso pudiera ser que la inoportunidad en forma de retraso, pudiera hacer que la información quedase obsoleta; posibilidad muy verosímil en ámbitos como los de las operaciones propias de los mercados de valores.

♦ *Veraz:* Esta *información* ha de ser *fidedigna*, garantizándose su correspondencia con la realidad.

♦ *Suficiente*, por incluir todos los datos relevantes para que –p.e.– el ahorrador pueda adoptar decisiones de consumo.

En caso contrario; es decir: si la información precontractual no permitiera esa libre formación del consentimiento, ello podría incidir, eventualmente, sobre la propia validez del negocio, determinando la posibilidad de anulación del contrato, por vicio del consentimiento (básicamente error o dolo).

A decir verdad, la información a la que se refiere el art. 60 TRLGDCU es tanta, tan amplia y tan esencial, prácticamente se podría decir que es la suficiente para constituir, por sí sola, una *oferta de contrato*; posibilidad que –si bien no equivale a una total certeza– si que resulta muy verosímil, porque es difícil de concebir que por la vía del art. 61 TRLGDCU, al que seguidamente aludiremos, no se haya dado lugar a una declaración de voluntad que, coincidente con una mera aceptación; con un “*si, quiero*” del Consumidor, haga nacer un contrato.

En este punto puede plantearse el problema de cómo reclamar la anulación del contrato, cuando éste se ha celebrado con quien no es el Fabricante o Productor originario, y que –en consecuencia– no es quien está obligado a la información precontractual. ORTI VALLEJO sugiere que –en estos casos– de aparente “dolo por tercero”, se considere que el Vendedor no fabricante ha participado en el error, a través de la imposición de un deber de controlar la información de los productos adquiridos del fabricante, y que va a hacer llegar al consumidor ⁽¹⁴²⁰⁾.

Sin embargo, la expresión inicial de estas normas puede ser engañosa, y el ámbito de la obligación de informar puede extenderse más allá; extenderse a la *fase de ejecución* del contrato, como lo demostraría el hecho de que algunas de las informaciones a proporcionar puedan o deban referirse a un momento posterior a la perfección del contrato, e incluso a su consumación [es decir: un momento posterior, incluso, a la entrega de la cosa vendida, o a la prestación del servicio convenido]. Tal es el caso de las informaciones referentes al modo de empleo de los bienes y productos entregados, que tienden a garantizar su utilización o consumo por el adquirente, en los términos en que pueda extraer la mayor utilidad de tales bienes; consideración que se convertiría en un fundamento y objetivo adicional, justificativo de la existencia del derecho a la Información ⁽¹⁴²¹⁾.

Así las cosas, cabría hablar de un derecho/deber de información “contractual”, cuyos efectos se proyectarían, no sobre la validez del negocio jurídico concluido, sino sobre su cumplimiento ⁽¹⁴²²⁾, como obligación accesoria, bien de la de entrega, ya que la puesta en poder y posesión del adquirente podría interpretarse como inclusiva de la comunicación de todos los extremos que permitan una óptima utilización del producto. O bien de la obligación de saneamiento por vicios, ya que es obligación del Profesional que los conoce manifestarlos al adquirente.

También cabe hacer una breve referencia al deber de información que previene el art. 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGG), que viene configurado como verdadera condición de la incorporación al contrato, de las condiciones generales, toda vez que

1420 ORTÍ VALLEJO, A.: Comentario al Artículo 13, en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”, coord. Por R. Bérvoitz Rodríguez-Cano y J. Salas, edit., Civitas, S.A., Madrid, 1992, p. 420.

1421 ORTÍ VALLEJO, A.: Comentario al Artículo 13, cit., p. 404.

1422 ORTÍ VALLEJO, A.: Comentario al Artículo 13, cit., p. 405.

las mismas no podrán formar parte de su contenido, ni –por consiguiente– obligarán al adherente, si el predisponente no la ha informado previamente de su existencia ⁽¹⁴²³⁾.

Por otra parte, el derecho de los consumidores y usuarios a la *información* no se refiere, sólo, a la que deban proporcionarles los empresarios, con carácter previo –o posterior– a la contratación: también hay un –por así decir– derecho a la información consumerista *institucional*, que se recoge en el Cap. IV, Lib. I, TRLGDCU [“*Derecho a la información, formación y educación*”].

El art. 61 recoge el contenido del antiguo art. 8 LGDCU, sobre integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato. De acuerdo con sus términos, no solamente la oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación, sino que –sin perjuicio de la preferencia de las cláusulas más beneficiosas para el consumidor– el contenido de aquella oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

c.– La Protección del Consumidor, mediante la “Integración Publicitaria del Contrato”.

Como quiera que la Publicidad puede incidir directamente sobre la formación de los contratos mercantiles y de consumo, las afirmaciones publicitarias, en cuanto expresión pública de un contenido ideológico, susceptible de responder a una voluntad [pre– o proto-]negocial, pueden constituir:

a.– Una mera “*invitatio ad offerendum*”.

b.– O bien, una verdadera oferta de contrato.

Todo dependerá de que las afirmaciones publicitarias reúnan, o no reúnan, los requisitos precisos para la existencia de una oferta ⁽¹⁴²⁴⁾. Pero, además, la publicidad deberá de ser lícita; condición necesaria de la cual carecerá en los siguientes supuestos, previstos en el art. 3 de la Ley 34/1988, General de Publicidad, de 11.11.1988:

1. Atentado a la dignidad de las personas y de los valores o derechos reconocidos en la Constitución.
2. Publicidad engañosa, desleal o subliminal.
3. Publicidad que infrinja las normas sobre publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

En estos casos, proceden acciones de cesación y de rectificación de la publicidad ilícita. Y, si llegase el caso de que la publicidad fuera incompatible con las “exigencias de la buena fe”, podría –eventualmente– constituir un acto de competencia desleal. Mas, *¿qué efectos se producirán sobre el propio contrato celebrado, como consecuencia de esta actividad publicitaria?* Al parecer, ni la LGPub., ni la Ley 3/1991, de 10.01.1991, de Competencia Desleal sancionan con ningún grado de invalidez los contratos celebrados sobre la base de esa publicidad ilícita: ya sabemos que dos tipos de acciones contemplan los art. 25 y ss. LGPub. Y, por lo que hace al art. 18 L.Comp.Des., ciertamente enumera hasta ¡¡seis!! tipos de acciones ejercitables contra el “*acto de competencia desleal*”; a saber:

a.– la acción Declarativa de la deslealtad del acto;

b.– la de Cesación del acto o de su Prohibición, cuando el acto todavía no se hubiera puesto en práctica;

1423 PARDO GATO, J.R.: “*Las páginas web como soporte de condiciones generales...*”, *op. cit.*; “Contratación telemática versus contratación seriada”, *cit.*, pp. 33 a 82.

1424 DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *cit.*, t. I, 4ª ed., p. 303. MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C.: Capítulo 11.: “Formación y perfección del Contrato”, *cit.*, p. 373.

- c.– la de Rectificación de informaciones engañosas, falsas o incorrectas;
- d.– la de Resarcimiento de daños y perjuicios;
- e.– la de Enriquecimiento injusto.

Pero *ninguna* de ellas tiene por objeto la *impugnación del contrato*, para anularlo, incidiendo sobre la validez del mismo. Por este motivo, habrá que apreciar el grado de influencia de la Oferta publicitaria, “*lato sensu*”, en sí misma sobre los contratos celebrados, recurriendo a las normas del Derecho de obligaciones. Y, más precisamente, habrá que atender a la incidencia de las afirmaciones publicitarias sobre el consentimiento contractual; habrá que determinar si las declaraciones publicitarias ilícitas constituyen el factor “*causam dans*” de la celebración de los contratos, pero –además– habrá que fijar la atención sobre el hecho de la mayor o menor divergencia entre la publicidad –por muy lícita que sea– y el contenido del contrato. A este respecto, la Ley del Consumidor establece alguna especialidad de notable trascendencia, en materia de Oferta contractual, para el caso de que la contratación de bienes o servicios haya ido precedida de una fase de captación publicitaria.

En su día, el art. 8 LGDCU/1984 se ocupó, ya de la trascendencia negocial del uso de la publicidad en la fase precontractual y actualmente es el art. 61 TRLGDCU [“*Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato*”], el que dispone que:

“1. *La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.*

2. *El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.*

3. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”*

Como se podrá apreciar, además de recoger el principio de *veracidad*, en el sentido de que la oferta, promoción y publicidad no podrán ser engañosas ni inducir a error al usuario –Así lo refleja la STS de 23.05.2003⁽¹⁴²⁵⁾– el precepto contiene una declaración verdaderamente grave y trascendente: convierte el contenido de las afirmaciones publicitarias en –por así decirlo– material contractual obligatorio: “*el contrato queda complementado –integrado– con lo que el consumidor ha confiado por razón de la oferta, promoción y publicidad*”, como igualmente dice la STS de 23.05.2003, que vincula la integración publicitaria del contrato con el citado principio de veracidad⁽¹⁴²⁶⁾.

En principio, estos anuncios publicitarios no tendrían por qué constituir verdaderas ofertas contractuales, al menos de acuerdo con el concepto de “Oferta de contrato”, que ha elaborado la Doctrina general de las obligaciones y contratos: podrían, eventualmente, ser ofertas, pero siempre y cuando cumpliesen con todos los requisitos de una Oferta de contrato –fundamentalmente, contener todos los elementos esenciales del contrato a concluir–, pero, si no reuniesen estas condiciones, no serían verdaderas ofertas, sino simples “*invitaciones ad offerendum*”. Ciertamente –con ánimo de proteger al Consumidor, en cuanto destinatario de la actividad publicitaria– el Ordenamiento jurídico exige que las menciones contenidas en la publicidad respeten el principio de Veracidad”, aunque haya que reconocer que toda publicidad es parcial y unilateral, en tanto que manifestación de la Libertad de Empresa, que es libertad de competir⁽¹⁴²⁷⁾. Pero, desde la perspectiva, ya no publicitaria, o concurrencial, sino directamente negocial y consumerista, “*el control de la publicidad ha de ponerse en*

1425 STS, S. 1ª, de lo Civil, de 23.05.2003, en AC., 2003, nº 41, del 3 al 9 de noviembre, marg. 579, pp. 3458 y ss.

1426 STS, S. 1ª, de lo Civil, de 23.05.2003, cit., pp. 3458 y ss.

1427 SANTOS MORÓN, Mª.J.: “Información precontractual, forma y prueba...”, en BOTANA GARCÍA, G. RUIZ MUÑOZ, M. y otros.: “*Curso sobre Protección jurídica...*”, cit., p. 139. PASQUAU LIAÑO, M.: Comentario al Ar-

relación con el derecho a la información veraz y completa”, que corresponde a todo consumidor o usuario ⁽¹⁴²⁸⁾. Por este motivo, el art. 61 TRLGDCU impone esa veracidad. Pero dicha Ley va aún más lejos, *convirtiendo en exigible el contenido de la comunicación publicitaria*, respecto de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad de los productos o servicios; las prestaciones propias e los mismos y sus garantías o servicios ⁽¹⁴²⁹⁾: no solamente porque impone al Empresario la obligación de incorporar en sus contratos los contenidos de las afirmaciones publicitarias ⁽¹⁴³⁰⁾, sino también porque dispone que *el Empresario queda vinculado por las condiciones y garantías ofrecidas en sus anuncios*, y esto incluso aun cuando no llegasen a quedar efectivamente incluidas en el contrato definitivo, a no ser que las condiciones nuevas resulten más beneficiosas para el usuario ⁽¹⁴³¹⁾. Y al proclamar este principio se ha superado el recurso –sin duda, posible– a otras vías de protección del interés del Usuario/contratante, como la de las responsabilidades “extra” ó “pre-contractuales”; como la de la invalidez del contrato por error o dolo, como la de la interpretación del contenido de la voluntad, con ayuda de las declaraciones publicitarias... Bien por el contrario: se ha ideado a una vía de protección que se caracteriza por varios rasgos: Protege el interés contractual positivo del usuario; es decir: su interés en que el contrato sea precisa y estrictamente cumplido, para satisfacer el interés económico que el contratante tiene en la prestación que le ha sido prometida. No determina la invalidez del contrato. No exige la presencia del error, la negligencia o el dolo.

En efecto, si bien, de acuerdo con la Teoría General del Negocio jurídico, sería dable la posibilidad de *impugnar la validez del contrato de consumo, concluido sobre la base de unas afirmaciones publicitarias concretas y referidas a prestaciones “promisibles”* –si se me permite expresarlo así– *que luego no han tenido reflejo en el negocio y en su cumplimiento*, o bien la posibilidad de *exigir una indemnización de daños*, sobre la base de una hipotética *responsabilidad precontractual*, toda vez que el art. 61 TRLGDCU no impide acudir a los mecanismos tradicionales del Derecho privado, se ha querido –como ya el art. 8º LGDCU/1984– ir más allá de este tipo de medidas para solventar los problemas derivados de supuestos en los que –p.e.– pudiera suceder que no hubiera dolo que causase engaño, y –sin embargo– sigue existiendo la necesidad de proteger el interés del consumidor ⁽¹⁴³²⁾.

Tampoco podemos ver en el art. 61 TRLGDCU una norma referida a –o basada en– la interpretación de la voluntad negocial: se trata –más bien– de la imposición “*ope legis*” de un contenido contractual-obligacional, que –por lo mismo, y para concluir– no se halla condicionada a la voluntad, o no, del Empresario, de concluir el contrato ⁽¹⁴³³⁾. Tiene lugar –así– lo que se ha venido llamando la *integración publicitaria* del contrato, que refleja una *dimensión contractual o negocial de la Publicidad*, que nuestra Jurisprudencia había venido a reconocer, ya, en las SSTs de 14.06.1976 y de 27.01.1977, que sentaron el principio de que se debía integrar la parca e insuficiente descripción del contenido de las prestaciones del vendedor, en los contratos de *adhesión*, con el contenido de las de-

título 8º, en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”, coord. por R.Bércovitz Rodríguez-Cano y J.Salas, edit. CIVITAS,S.A., Madrid, 1992, p. 143.

1428 PASQUAU LIAÑO,M.: Comentario al Artículo 8º, cit., p. 143.

1429 DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN,L.: cit., t. I, 4ª ed., ps. 303 y s. MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ,C.: Capítulo 11.: “Formación y perfección del Contrato”, cit., p. 373. PASQUAU LIAÑO,M.: Comentario al Artículo 8º, cit., p. 155, quien señala que mientras las acciones previstas en la Ley General de Publicidad tienen un carácter preventivo, el art. 8º LGDCU. Se enfrenta con los problemas de los posibles daños ulteriores que produciría una publicidad falsa... Y lo hace eludiendo el problema, al imponer directamente la obligatoriedad contractual del contenido de la publicidad.

1430 SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ CALERO GUILARTE.: “*Instituciones...*”, cit., t. II, 21ª ed., p. 127.

1431 SÁNCHEZ CALERO,F.: “*Instituciones...*”, cit., t. II, 21ª ed., p. 127. SANTOS MORÓN,Mª.J.: “Información precontractual, forma y prueba...”, en BOTANA GARCÍA,G. RUIZ MUÑOZ,M. y otros.: “*Curso sobre Protección jurídica...*”, cit., p. 139.

1432 SANTOS MORÓN,Mª.J.: “Información precontractual, forma y prueba...”, en BOTANA GARCÍA,G. RUIZ MUÑOZ,M. y otros.: “*Curso sobre Protección jurídica...*”, cit., pp. 140 y ss.

1433 PASQUAU LIAÑO,M.: Comentario al Artículo 8º, cit., pp. 155 y ss.

claraciones publicitarias ⁽¹⁴³⁴⁾. El fundamento es la consideración de que –para proteger la confianza del usuario, depositada en los datos consignados públicamente a través de las declaraciones publicitarias– la Publicidad cumple una función de oferta contractual, o bien la consideración de que –en definitiva– la Oferta publicitaria se inserta en el “Principio de Buena Fe”, al que hace referencia, no tanto el art. 1255 CC, cuanto los arts. 1258 CC y 57 CCo. ⁽¹⁴³⁵⁾.

Posteriormente, el principio de la dimensión negocial de las declaraciones publicitarias fue logrando un paulatino reconocimiento en disposiciones legales o reglamentarias, sobre todo en materia de publicidad de productos financieros, aunque no se llegaría a establecer el principio de la integración publicitaria del contrato, hasta la promulgación de la LGDCU. Y, luego, del TRLGDCU. En efecto, el art. 61 TRLGDCU viene a reconocer que el contenido de las declaraciones publicitarias será exigible por los consumidores, incluso aunque no hubiera llegado a formar parte del contrato definitivo o del documento. Mas no se trata de una inserción estrictamente contractual, porque sería un magro servicio para el usuario el que la posibilidad de obtener las prestaciones prometidas en la publicidad se hiciera depender de la efectiva conclusión de un contrato ⁽¹⁴³⁶⁾. Por este motivo, parece que hay que interpretar el art. 8º LGDCU en el sentido de que el usuario tiene acción para exigir la celebración del contrato, integrado publicitariamente, con la única excepción de la aplicación de la denominada “*cláusula más beneficiosa para el consumidor*”. En consecuencia, cabe afirmar que el fundamento contractual ha sido sustituido por el fundamento de la “*Jurisprudencia de Intereses*” ⁽¹⁴³⁷⁾.

3.– LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y EL CICLO VITAL DEL CONTRATO: FASE DE PERFECCIÓN.

a.– La Perfección del contrato de consumo: la manifestación del consentimiento.

Por lo que hace referencia a la perfección del contrato propiamente dicha ⁽¹⁴³⁸⁾, el art. 62 [“*Contrato*”] establece que “[e]n la contratación con consumidores debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar”. Como ya manifestamos anteriormente, los contratos de consumo –salvo excepciones– son contratos de libre forma, aunque la Ley –en este caso, el TRLGDCU– ocasionalmente impone ciertos límites o matizaciones. Así, como se verá en su momento, el propio art. 62 parece que limita las formas de perfección del contrato, excluyendo las modalidades de perfección *tácita*, pues lo que impone es la perfección expresa; siquiera, la unilateralmente expresa, porque insiste más en la expresión de la voluntad del Consumidor que en la del Empresario.

Por otra parte, el TRLGDCU –ocasionalmente, también– impone ciertos deberes referidos al aspecto documental. Así, para empezar, el art. 63 establece un deber de confirmación documental de la contratación realizada, disponiendo que en los contratos con consumidores y usuarios “*se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación*”. Pese a los términos impersonales utilizados –“*se entregará*”– parece obvio que se trata de una conducta que se espera del Empresario, si acaso con un posible deber de colaboración por parte del Consumidor, ya que éste deberá firmar las condiciones generales, incluidas en el recibo, etc.. El objeto es, no ya la perfección del contrato, sino la confirmación de que el contrato se ha concluido, de modo que el incumplimiento de este deber del art. 63 probablemente no tenga consecuencia alguna en el plano de la validez; probablemente,

1434 FONT GALAN, J.I.: “La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la Publicidad engañosa”, en C.D. y C., 1988, nº 4, p. 17.

1435 FONT GALAN, J.I.: cit., p. 19. PASQUAU LIAÑO, M.: Comentario al Artículo 8º, cit., p. 161.

1436 FONT GALAN, J.I.: cit., ps. 31 y ss., respecto del art. 8º LGDCU./1984.

1437 FONT GALAN, J.I.: cit., p. 34.

1438 En cuanto a la perfección del contrato en el ámbito de la contratación electrónica, vid. PARDO GATO, J.R.: “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos...”, cit., pp. 13 a 47.

ni siquiera en el de la eficacia del contrato, como no sea –precisamente– este de imponer una nueva obligación contractual.

Mas, esto tampoco significa que no existan algunos contratos con consumidores que, “*por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública*” [piénsese en los contratos sobre bienes con oferta de restitución del precio, conforme a los arts. 4º y 6º LOF.Rest.], en cuyo caso es probable que nos hallemos, verdaderamente, ante contratos formales [Probable, aunque no estrictamente necesario]. Sea como fuere, el art. 63, nº 2, dispone que, “[s]alvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera”.

Por su parte, el art. 64 establece ciertos deberes de documentación *complementaria* en la compraventa de viviendas, toda vez que “[e]n el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta norma, se facilitará además la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica que resulte de aplicación”.

b.– La eficacia vinculante, el derecho de desistimiento y la intangibilidad del Contrato, en los contratos de consumo.

La autonomía negocial posee o presenta un último aspecto, que se añade a los que se expusieron anteriormente y que, en realidad, es la consecuencia de todos ellos: nos referimos al Principio “*pacta sunt servanda*”: el Contrato debe ser respetado, debe ser cumplido, “*es plenamente efectivo y vinculante para las partes simplemente porque ha sido querido, porque es fruto de un acuerdo entre individuos, en que cada uno de ellos ha decidido libremente asumir una obligación*” (1439). En este sentido, no hay más que recordar lo dispuesto en los arts. 1091 y 1256 CC y 57 CCo., para darse cuenta de la insistencia y el énfasis que pone el Derecho –sobre todo, mercantil– de Obligaciones y contratos, en que éstos y aquéllas se observen y cumplan escrupulosamente.

Como ya se indicó, el art. 62 [“*Contrato*”], establece que “[e]n la contratación con consumidores debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar”, pero el precepto no concluye aquí: la misma necesidad de *constancia inequívoca* se impone respecto de la “*voluntad [del consumidor], en su caso, de poner fin al contrato*”, lo que supone un reconocimiento implícito de ese fenómeno al que ya hemos hecho alguna referencia con anterioridad: la propensión a la *relajación* del vínculo contractual, como característica de los contratos mercantiles de consumo. En este sentido, existe un amplio reconocimiento del derecho de desistimiento, que corresponde al Consumidor-*contratante*.

Pero una cosa es el *derecho*, y otra diferente es *su ejercicio* –ya lo vimos, al tratar del derecho de *separación* del Socio–, y, en este sentido, el art. 62 TRLGDCU establece varias reglas. Mas hemos de distinguir entre dos situaciones un tanto diversas, aunque puedan venir asociadas bajo una misma denominación [la de *desistimiento*]:

3. Un derecho que podría describirse como de denuncia: el derecho de desistimiento aplicado a contratos de *duración y tracto sucesivo*, cuya ejecución se ha iniciado y consumado a lo largo del tiempo, y a los que se desea poner fin.

4. Y un derecho que podría describirse como de arrepentimiento: el derecho de desistimiento aplicado a contratos de *tracto único*, cuya ejecución puede haberse iniciado y consumado,... o no, y de los que desea desvincularse el Consumidor-*contratante*.

Por lo que hace al primero de ambos casos, el art. 62 establece una regla propia, conforme a la cual “[l]os contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor puede ejercer su derecho a poner fin al contrato”.

1439 BALLESTEROS GARRIDO, J.A.: “Las Condiciones generales...”, cit., pp. 20 y ss.

En todo caso, el art. 62 establece una serie de reglas generales, tales como la prohibición de cláusulas que impongan *obstáculos onerosos o desproporcionados* para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, y –en particular– tratándose de contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato.

La segunda es una regla material conforme a la cual el consumidor “*podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados*”.

El Cap. II, Tít. I, Lib. II, TRLGDCU trata del derecho de Desistimiento, definiendo su contenido y régimen [art. 68], en los siguientes términos: ante todo, se trata de “*la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase*”, lo cual constituye, no sólo una definición del derecho de desistimiento, sino también una definición o descripción de su forma de ejercicio, y –además– tampoco se trata, sólo, de una definición legal, sino que se trata –directamente– de una norma de “*ius cogens*”; razón por la cual se establece la nulidad de pleno derecho de las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento. Se trata de un derecho autónomo, “*sui generis*”, que –por lo mismo– resulta independiente de otros derechos que asistan al Consumidor o Usuario de poner fin al contrato. Por este motivo, el art. 78 TRLGDCU, alude a la problemática de las acciones de nulidad o resolución, disponiendo que “[1]a falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho”.

El citado derecho a desistir del contrato, reconocido al Consumidor, existirá en los supuestos previstos legal o reglamentariamente [derecho de desistimiento *legal*] y –también, alternativa o cumulativamente– cuando así se le reconozca en la oferta, promoción publicidad o en el propio contrato [derecho de desistimiento “*ex voluntate*”]. Así, el derecho de desistimiento atribuido legalmente al consumidor y usuario se regirá en primer término por las disposiciones legales que lo establezcan en cada caso y en su defecto por lo dispuesto en el Tít. I, Lib. II, TRLGDCU. En cambio, el derecho *contractual* de desistimiento se rige por lo dispuesto en el art. 79, que dispone que “[a] falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato el derecho de desistimiento reconocido contractualmente, éste se ajustará a lo previsto en este título [Tít. I. Lib. II, TRLGDCU]”, lo cual es lógico, por cuanto no puede haber normas especiales que lo regulen, supuesto que su fundamento es *contractual*, y no legal. Pero, además, el propio art. 79 establece que el consumidor o usuario que ejercite el derecho de desistimiento contractualmente reconocido no tendrá en ningún caso obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso del servicio *debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva*.

Además, el art. 79 prevé que “[e]n ningún caso podrá el empresario exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor para el caso de que se ejercite el derecho de desistimiento”.

De acuerdo con el art. 69, n° 1, TRLGDCU, el derecho de desistimiento –en general– es un dato, sobre el cual recae una obligación de *información*, impuesta al empresario contratante: “*Cuando la ley atribuya el derecho de desistimiento al consumidor y usuario, el empresario contratante deberá informarle por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido. Deberá entregarle, además, un documento de*

desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere". Además, se dispone que corresponde al empresario probar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior.

El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna –dice el art. 70–, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. En todo caso se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos. Todo ello en el bien entendido de que ha de resultar evidente y clara la voluntad de desistir, en tanto que voluntad de poner fin al contrato.

Asimismo, el ejercicio del derecho de desistimiento tiene plazo, regulado en el art. 71 TRLGDCU, que lo fija en *“un plazo mínimo de siete días hábiles”*, siendo así que *“[s]erá la ley del lugar donde se ha entregado el bien objeto del contrato o donde hubiera de prestarse el servicio, la que determine los días que han de considerarse hábiles”*.

En cuanto al *“dies a quo”*, si el empresario ha cumplido con el deber de información y documentación establecido en el art. 69, nº 1, el plazo a que se refiere el apartado anterior se computará desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios. Mas, si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio será de tres meses a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato si el objeto de éste fuera la prestación de servicios, aunque si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de tres meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento. Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento.

Corresponde al consumidor y usuario probar que ha ejercitado su derecho de desistimiento conforme a lo dispuesto en este capítulo [art. 72].

El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario. A estos efectos se considerará lugar de cumplimiento el lugar donde el consumidor y usuario haya recibido la prestación [art. 73].

Los arts. 74 al 76 TRLGDCU establecen las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento: una vez ejercido el derecho, las partes deberán *restituirse recíprocamente* las prestaciones, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 CC. En estas circunstancias, la posición jurídica del consumidor y usuario se ve notablemente fortalecida, en sus aspectos de mayor trascendencia económica:

8. Ante todo, el Consumidor no tendrá que rembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su *uso conforme a lo pactado* o a su *naturaleza*, o por el uso del servicio,

9. mientras que –por el contrario– el Consumidor sí tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien [art. 74].

Caso de imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor y usuario, por pérdida, destrucción u otra causa, éste conservará –pese a todo– la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento, de modo que el *“periculum obligationis restituendi”* se imputa al *empresario*. Mas si la imposibilidad de devolución le fuera imputable al consumidor o usuario, dicho consumidor responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste [art. 75, nº 1]. Si el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor

y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos [culpa leve “*in concreto*”].

Por su parte, el art. 76 trata de la devolución de sumas percibidas por el empresario, en caso de que el consumidor o usuario haya ejercido el derecho de desistimiento. En tal caso, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos. La devolución de estas sumas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días desde el desistimiento, o –de lo contrario– el consumidor y usuario tendrá derecho a reclamar la suma *duplicada*, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado, en lo que excedan de dicha cantidad. Además, corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo.

El art. 77 TRLGDCU establece una norma especial, relativa al desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario, disponiendo que, “[c]uando en el contrato para el que se ejercite el derecho de desistimiento el precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario”. Se aprecia, así, una de las consecuencias más notables y características de la conexión contractual, en el ámbito de los contratos de crédito al consumo.

4.– LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y EL CICLO VITAL DEL CONTRATO: FASE DE EJECUCIÓN.

a.– Régimen aplicable al Contrato de Consumo.

Sentado que si los contratos mercantiles, en tanto que negocios jurídicos patrimoniales, poseen *eficacia jurídica*; una eficacia que puede moverse –p.e.– en el plano de la *creación de obligaciones*, evidentemente los contratos de consumo no pueden ser diferentes: también ellos poseen una eficacia jurídica vinculante; constituyen una “*lex contractus utendi*”, que –p.e.– puede precisar de interpretación e integración. Pues bien, los arts. 65 al 67 TRLGDCU establecen una serie de normas sustantivas o semisustantivas, aplicables a los contratos de consumo de toda índole. La primera –art. 65– se refiere a la integración del contrato, disponiéndose que éste “*se integrará, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante*”. La redacción del precepto no es muy afortunada, pudiéndose interpretar que:

3. Los contratos de consumo pueden estar precisados de *integración*; es decir, pueden necesitar que la “*lex contractus*”, que se tiene por “*incompleta*” –si se nos permite expresarlo así– venga completada, mediante la adición de reglas jurídicas –digo “*jurídicas*”, y no sólo “*legales*”–, que incidan sobre el contenido del contrato.

4. Que la integración de los contratos de consumo debe llevarse a cabo orientada “*pro utenti*”: en beneficio del consumidor.

5. Que el criterio de integración de los contratos de consumo debe ser el de la buena fe objetiva, lo mismo que en la legislación sobre competencia desleal.

6. Y que los contratos de consumo pueden estar precisados de integración, tanto en condiciones normales u ordinarias, como también cuando medió “*omisión de información precontractual relevante*”.

Por su parte, el art. 66 prohíbe hacer obligatoria la comparecencia personal del consumidor y usuario para realizar cobros, pagos o trámites similares, debiendo garantizarse, en todo caso, la constancia del acto realizado.

Y, finalmente, el art. 67 [“puntos de conexión”] establece varias reglas de Derecho Internacional privado: en primer término, que las normas de protección frente a las cláusulas abusivas, contenidas en los artículos 82 a 91 TRLGDCU, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del EEE. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el profesional ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del EEE., o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

Por otra parte, las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, contenidas respectivamente en los arts. 92 a 106 y 114 a 126, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (EEE).; a saber, en particular, cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.

b.– Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas, en los contratos de consumo.

La situación de desprotección de los consumidores y usuarios, que no es una situación nueva ni por la que nuestros legisladores hayan mostrado, hasta ahora, un desinterés absoluto –como demostraría el caso de la Ley de 23.07.1908, sobre represión de préstamos usurarios⁽¹⁴⁴⁰⁾–, terminó por generar, en los años 1970, un sentimiento de preocupación jurídica que sobrepasaría a la consideración económica tradicional del fenómeno del Consumo y de la condición de “consumidor”, de acuerdo con la cual, si se regulaba convenientemente la circulación de bienes y servicios, y se garantizaba la libre competencia, quedarían resueltas “*ex opere operato*” las aspiraciones demandas e intereses de los consumidores y usuarios⁽¹⁴⁴¹⁾. Este cambio de orientación y esta nueva preocupación jurídica, plasmados en el art. 51 Const.Esp.⁽¹⁴⁴²⁾, motivaron –p.e.– que en el seno del Consejo de Europa y la Unión Europea se instase a los Estados miembros –entre otras medidas– a dictar normas jurídicas que tutelasen los derechos de los consumidores y usuarios ante las cláusulas abusivas⁽¹⁴⁴³⁾, culminando este proceso que con la adopción de sendas disposiciones de Derecho derivado, como la Dir.CEE. nº 102/1987, de 22.12.1986, sobre Crédito al Consumo y –sobre todo, por lo que ahora nos interesa– la Dir.CEE. nº 13/1993, respecto de la cual, el Consejo Económico y Social de la UE. había emitido un Dictámen, manifestando que la Directiva no constituiría una importante desviación de los diferentes Derechos nacionales, en la materia⁽¹⁴⁴⁴⁾.

1440 .MONTÉS RODRÍGUEZ, M^a.P.: “Las Condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios”, en VV.AA.: “*Estudios sobre Jurisprudencia bancaria*”, dir.por V.Cuñaat Edo y R.Ballarín Hernández, coord.por R.Marimón Durá y F.González Castilla, edit. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2000, p. 73.

1441 CANDELARIO MACÍAS, I.: “La defensa de los consumidores...”, cit., p. 112.

1442 MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C.: Disposición adicional primera. Uno: Art. 2. 1 b), LGDCU., en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*”, coord. por R.Bercovitz Rodríguez-Cano, edit. Aranzadi, S.A., Pamplona, 1999, p. 665. MONTÉS RODRÍGUEZ, M^a.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., p. 74.

1443 PARDO GATO, J.R.: “Aproximación á política comunitaria de protección dos consumidores e usuarios”, *Revista Galega de Administración Pública*, nº 28, mayo-agosto 2001, pp. 185 a 203.

1444 MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C.: Disposición adicional primera. Uno: Art. 2. 1 b), LGDCU., cit., p. 665. CABELLO DE LOS COBOS y MANCHA, L.M^a.: “Cláusulas abusivas...”, cit., p. 46. MONTÉS RODRÍGUEZ, M^a.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., p. 74. ARTUCH IRIBERRI, E.: “La Compatibilidad entre normas de aplicación en materia de contratos celebrados por los consumidores, a propósito de las reglas sobre condicines generales de la contratación”, en D.N., 1998, nº 89, febrero, p. 13.

Ya merezca un juicio favorable ⁽¹⁴⁴⁵⁾ o desfavorable ⁽¹⁴⁴⁶⁾, en cuanto a su *claridad* o falta de ella, lo cierto es que la Directiva perseguía varios objetivos, que expondré –si se me permite– invirtiendo el orden en que suelen ser expuestos por la Doctrina; a saber:

- 1) Establecer un régimen de protección frente a cláusulas contractuales abusivas, ya se contuvieran en formularios de condiciones generales, o no.
- 2) Proteger a los consumidores en aquellos contratos de adhesión, en los que se les aplican cláusulas abusivas ⁽¹⁴⁴⁷⁾.
- 3) Propiciar la realización del Mercado Único, a través de un procedimiento de armonización legislativa que impida las distorsiones en la competencia derivadas de las diversidades normativas ⁽¹⁴⁴⁸⁾.

Pues bien, la transposición de esta Directiva se llevó a cabo por medio de una Ley –específica– sobre Condiciones Generales de la Contratación: la conocida LCGG, que traía sus antecedentes más directos de la citada normativa comunitaria ⁽¹⁴⁴⁹⁾ y que se benefició de la experiencia proporcionada por la Doctrina legal de nuestro TS, y del –por entonces, aún vigente– art. 10, LGDCU./1984; precepto que sobrevivió a la promulgación de la LCGG, ya que nuestro legislador prefirió –en lugar de promulgar una Ley única “de Condiciones Generales” aplicable indistintamente a todos los contratos, fueran o no de consumo, ha optado por otro sistema: “*conservar una regulación especial para las condiciones generales abusivas, en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*”, y –así– la LCGG se limitó simplemente a modificar el art. 10 LGDCU, entre otras cosas, en el aspecto del concepto de “*cláusula abusiva*”, y a ampliar el elenco –por otra parte, enunciativo– de las mismas, respecto del Anexo de la Directiva, mediante la adición de un nuevo precepto: el art. 10 bis, junto con una Disp. Adic. Primera, continente de la llamada Lista negra de cláusulas abusivas ⁽¹⁴⁵⁰⁾.

Al parecer, en el sistema de la LCGG., el *control sobre el contenido de las condiciones generales* quedaba *circunscrito* al ámbito de los clausulados contractuales aplicados a aquellos contratos *que se sometieran al régimen de la LGDCU*; es decir: aquellos contratos, en los cuales *una de las dos partes* contratantes –el Adherente– respondía a la caracterización legal de “*consumidor o usuario*” ⁽¹⁴⁵¹⁾; una caracterización –por otra parte– *desafortunada*, siquiera en cuanto a la técnica empleada, porque

1445 DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: “Las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, en VV.AA.: “*Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*”, dir. por U.Nieto Carol, edit. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio/Lex Nova”, Valladolid, 2000, p. 463.

1446 BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La trasposición...”, cit., p. 453.

1447 Y solamente a ellos; a nadie más, a ningún otro contratante que, hallándose en posición de inferioridad económica, se viera enfrentado con un contrato con cláusulas abusivas; es decir: con exclusión de otros sujetos que no merecieran el calificativo de “consumidores” [DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: “Las cláusulas abusivas...”, cit., p. 463. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La trasposición...”, cit., p. 452. CANDELARIO MACÍAS, I.: “La defensa de los consumidores...”, cit., p. 133.

1448 CANDELARIO MACÍAS, I.: “La defensa de los consumidores...”, cit., p. 133.

1449 PARDO GATO, J.R.: “Aproximación a política comunitaria de protección dos consumidores...”, cit., pp. 185 a 203. CANDELARIO MACÍAS, I.: “La defensa de los consumidores...”, cit., p. 132. MONTÉS RODRÍGUEZ, M^a.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., p. 75. BOTANA GARCÍA, G.A.: Comentario a la Disposición Adicional 1^a, Seis, Cl. 1^a, en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación. Modificaciones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y de la Ley Hipotecaria*”, dir. por I.Arroyo Martínez y J.Miquel Rodríguez, edit. Tecnos, S.A., Madrid, 1999, p. 309. Con anterioridad a la promulgación de la LCGG., vid. ARTUCH IRIBERRI, E.: cit., p. 14.

1450 BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La trasposición...”, cit., ps. 453 y s. CABELLO DE LOS COBOS y MANCHA, L.M^a.: “Cláusulas abusivas...”, cit., p. 46. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: “Las cláusulas abusivas...”, cit., p. 463. MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C.: Disposición adicional primera. Uno: Art. 2.1 b), LGDCU., cit., p. 666. MONTÉS RODRÍGUEZ, M^a.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., p. 75. BAÑEGIL ESPINOSA, F.: “Cláusulas abusivas de los contratos bancarios. Análisis de la mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores”, en AC., 2000, n^o 19, del 8 al 14 de mayo, p. 714. SANZ VIOLA, A.M^a.: cit., p. 896.

1451 PAGADOR LÓPEZ, J.: “La Ley 7/1998...”, cit., p. 14. Idem.: cit., en RES., 1998, n^o 95, p. 338. MONTÉS RODRÍGUEZ, M^a.P.: «Las Condiciones generales...», cit., p. 77.

en lugar de mejorar el contenido de las normas –p.e., respecto del Consumidor/*persona jurídica*– lo que se hizo fue *reinterpretarlas, sin tocarlas* formalmente, valiéndose de ciertas manifestaciones contenidas en la E.M./LCGG. ⁽¹⁴⁵²⁾.

En realidad, el ámbito subjetivo de estas disposiciones del TRLGDCU, al sustituir la idea del consumidor/destinatario final, por la idea del Consumidor/contratante que “*actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional*” o que actúa fuera del marco de su actividad empresarial o profesional, termina por dar a la noción de Consumidor o Usuario una amplitud desmesurada ⁽¹⁴⁵³⁾, debiendo, en realidad, quedar circunscrito a los consumidores en sentido estricto, y –por consiguiente– con exclusión de empresarios y de profesionales. Es más, de hecho sus preceptos ni siquiera son aplicables a todos los consumidores: sino solamente a los denominados consumidores en sentido *jurídico*, que son lo que se califican por el dato de ser parte contratante, en el contrato con cláusulas impuestas y no negociadas individualmente ⁽¹⁴⁵⁴⁾. Estos consumidores se benefician, igualmente del reconocimiento por parte del art. 8º, apdo. b), TRLGDCU:

“*Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:... b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos*”.

Se refleja –en este punto– la voluntad del Legislador español de dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 51 Const.Esp., que ordena a los Poderes Públicos proteger los “*legítimos intereses económicos de los consumidores*”. Mas, como bien deja patente el art. 19 TRLGDCU, “[l]os legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación”.

Por otra parte, las relaciones de consumo a las que se aplica esta Ley son todas en general, lo cual permite considerar que se incluyen –p.e.– las que surjan del ejercicio de la *actividad bancaria*, por lo que no debe caber la menor duda en punto a que el TRLGDCU resulta plenamente aplicable a las relaciones de la Banca con sus clientes, cuando éstos sean destinatarios finales de las concesiones de crédito, prestaciones de servicios etc., quedando incluidos en la protección los usuarios –no profesionales– de *toda clase* de servicios bancarios ⁽¹⁴⁵⁵⁾ y –como estos servicios– podríamos incluir cualesquiera otros, propios de otras ramas o sectores económicos. A esta conclusión conduce lo previsto en el art. 2º TRLGDCU, cuando previene que “[e]sta norma [el TRLGDCU] será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios” ⁽¹⁴⁵⁶⁾, sin distinción o matización alguna.

Como se ha indicado anteriormente, el TRLGDCU dedica el Tít. II, Lib. II –formado por los arts. 80 al 91–, a regular las condiciones generales y las cláusulas abusivas. Ahora bien, es preciso insistir en el hecho de que esta disposición legal no tiene un alcance general, como la LCGG, sino que se circunscribe a las relaciones de los empresarios o profesionales con los *consumidores* o *usuarios*. En este sentido, la E.M./TRLGDCU señala que ese Tít. II, Lib. II establece el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas, conforme a las previsiones contenidas en la LGDCU de 1984, pero incorporando las modificaciones introducidas

1452 MONTÉS RODRÍGUEZ, Mª.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., pp. 77 y ss.

1453 MONTÉS RODRÍGUEZ, Mª.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., pp. 77 y ss.

1454 MONTÉS RODRÍGUEZ, Mª.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., p. 78. BAÑEGIL ESPINOSA, F.: cit., p. 715.

1455 AZORÍN RONCERO, J.: cit., p. 2126. GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: “Contratación bancaria y consumo”, en RDBB., 1988, nº 30, abril/junio, p. 268. ó VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.: “Consideraciones sobre la incidencia de la Ley del Consumidor en los contratos bancarios”, en RDBB., 1985, nº 17, enero/marzo, pp. 131 y ss., quien justifica su postura con el argumento, muy discutible, de que la actividad bancaria es un servicio público y el art. 10º LGDCU incluye éstos dentro de su ámbito.

1456 Anteriormente, la Disp.Adic.Segunda LGDCU/1984 disponía lo siguiente: “*Ámbito de aplicación. Lo dispuesto en la presente Ley será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del Consumidor previsto en aquélla*”.

por la Ley 44/2006, de 29.12.2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, en materia de cláusulas y prácticas abusivas ⁽¹⁴⁵⁷⁾, y, asimismo, las previsiones tendentes a dar mayor claridad en las modalidades de cálculo del precio de los contratos, evitando la facturación de servicios no prestados efectivamente.

En materia contractual, asimismo, se clarifica la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios y en el ámbito sancionador.

Al igual que su predecesora –la LGDCU de 1984, y coincidiendo con la propia LCGG o con la LCrC.–, el TRLGDCU parte de la base de que el empleo de condiciones generales de la contratación no es algo “*per se*” ilícito, ni atenta contra la libertad de elección del usuario, pues el modelo económico español de libre empresa funciona en régimen de competencia. Mas hay que instrumentar medidas para salvaguardar la buena fe y garantizar los intereses legítimos de los usuarios, en el marco de la contratación empresarial por adhesión, como previene la Constitución de 1978 ⁽¹⁴⁵⁸⁾. Esta protección se circunscribe y se limita, empero, en función de la referencia explícita al hecho de que, entre los “*legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores*”, que merecen una especial protección se halla el de protegerlos “*frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos*”; referencia siempre útil, como criterio interpretativo, aunque, por la situación sistemática de este precepto, hay quien cree que no pasa de ser una *mera declaración programática* ⁽¹⁴⁵⁹⁾. Partiendo de esta base, el TRLGDCU sólo dispensa su protección a los intereses económicos de los consumidores/clientes de banco, en la medida en que sean “*legítimos*”; es decir: que traigan causa en un precepto o norma legal, puesto que los arts. 80 y ss. TRLGDCU no sólo no excluyen, sino que incluso presuponen la aplicación y vigencia de los arts. 38 y 128 Const.Esp., sobre reconocimiento de la libertad de empresa, con sus límites y de la sumisión de la riqueza nacional a los intereses generales. Por otra parte, la aplicación del TRLGDCU debe hacerse *en concordancia con las leyes civiles o mercantiles* etc., lo cual tiene especial importancia, p.e., en el Derecho bancario, ya que el mismo se caracteriza por el intervencionismo público, y ello se traduce en que en la medida en que los contratos bancarios se ajusten a las normas jurídico-bancarias, la “*legitimidad de los intereses*” del usuario tendrá menos visos de eficacia ⁽¹⁴⁶⁰⁾.

El art. 80, nº 1, TRLGDCU delimita el ámbito de aplicación de sus normas en torno a “*los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes*”. Por consiguiente, son los factores delimitadores:

a. En el plano objetivo: se trata de los contratos que utilicen “*cláusulas no negociadas individualmente*”.

b. En el plano subjetivo: se trata de contratos celebrados entre dos tipos de partes contratantes muy características. Y cuando hablamos de “*dos*” no queremos reflejar con ello lo obvio de que el Contrato sea un negocio plurilateral, a diferencia de los negocios unilaterales, sino que se pretende

1457 Tal es el caso del fortalecimiento de la protección del consumidor adquirente de vivienda cuando se precisa el carácter abusivo de las cláusulas que le trasladen gastos que corresponden al profesional, tal es el caso de los impuestos en los que el sujeto pasivo es el vendedor, o los gastos de las conexiones a los suministros generales de la vivienda, con el fin de evitar cláusulas no negociadas que trasladan dichos gastos al consumidor. Sobre el particular, vid. PARDO GATO, J.R.: “*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión...*”, *op. cit.*

1458 AZORÍN RONCERO, J.: *cit.*, p. 2132.

1459 MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: Comentario a la Disposición Adicional 1ª, en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*”, *cit.*, p. 235. MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C.: Disposición adicional primera. Uno: art. 2.1 b) LGDCU, *cit.*, p. 665, quien señala que la nueva LCGG 7/1998 operó una modificación en el art. 2º, nº 1, apdo. b), LGDCU, al añadirle un segundo inciso en el que se prevé que la protección de los “*legítimos intereses económicos y sociales*” de los consumidores, se extiende –también– “*en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos*”.

1460 AZORÍN RONCERO, J.: *cit.*, pp. 2127 y ss.

poner de manifiesto que cada una de las dos partes tiene que estar ocupada por *cada uno* de los dos tipos de sujetos; a saber:

- a) Un consumidor o usuario, al que le incumbe el papel de adherente.
- b) Y un predisponente, que debe ser:
 3. Un empresario.
 4. Un profesional.
 5. Una Administración pública.
 6. O cualquier entidad o empresa dependiente de una Administración pública.

Partiendo de esta base, el art. 80, nº 1, apdos. a), b) y c) TRLGDCU –lo mismo que la LCGG– impone un doble control sobre las cláusulas predispuestas, utilizadas en contratos con consumidores; a saber: un control sobre la incorporación de las cláusulas al contrato, y un control sobre el contenido de las mismas, al objeto de garantizar la Libertad y la Justicia contractuales; control que –en opinión de algún autor– resulta superfluo, porque ya la propia LCGG contiene normas sobre incorporación y no incorporación de las cláusulas al contrato ⁽¹⁴⁶¹⁾.

Los dos principios de *Libertad* contractual y de *Justicia* contractual los aplican los arts. 80 y ss., TRLGDCU buscando lograr la “*transparencia*” en el mercado, a través de la imposición, no solamente de la “*concreción y claridad*” en las condiciones contractuales y la posibilidad de su *comprensión directa*, con prohibición de reenvíos a textos que no se pongan a disposición de los clientes, sino también a través del establecimiento de deberes de publicación de las condiciones económicas de las operaciones. E incluso deberes de entrega del documento contractual. Así, el art. 80 establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento *previo* –y también *sucesivo*– a la celebración del contrato, sobre su existencia y contenido. Como consecuencia de este requisito o de este principio, y sin perjuicio de lo establecido en el art. 63, nº 1, TRLGDCU, cuando las condiciones generales sean utilizadas en el marco de la contratación telefónica o electrónica, será necesario que *conste*, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la *aceptación* de todas y cada una de las cláusulas del contrato –lo cual ya revela que han debido de ser conocidas y, por consiguiente, *informadas, todas* las cláusulas–, sin necesidad de firma convencional. Pero, además, en este supuesto, se enviará *inmediatamente* al consumidor y usuario *justificación* de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Es esta exigencia la que, en todo caso, excluye la utilización de cláusulas abusivas.

1461 GONZÁLEZ PACANOWSCA, I.: Disposición adicional primera. Dos: art. 10.1 a) y b), LGDCU. en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*”, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, edit. ARANZADI, S.A., Pamplona, 1999, p. 670, quien señala que el contenido del art. 10, nº 1, apdos. a) y b) –relativos a los requisitos de inclusión de cláusulas, en los contratos celebrados con consumidores– es, hasta cierto punto, prescindible, puesto que “*ya existe la regulación contenida en los artículos 5 y 7 de la LCGC.*”. MONTÉS RODRÍGUEZ, M^a.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., ps. 83 y s.

De los artículos mencionados podría decirse que contienen un complejo normativo global de control de los contratos de consumo por adhesión; es decir: el Derecho de los Contratos de Consumo por adhesión. Pero, lejos de darse por satisfecho, el TRLGDCU aún consideró necesario profundizar en el tratamiento de las cláusulas de los contratos de adhesión, celebrados con consumidores, con cuyo objeto vino a establecer, en sus arts. 82 al 91, una regulación de las cláusulas *abusivas*. Siguiendo la línea iniciada por el Legislador de 1998, que consideró necesario profundizar en el tratamiento de las cláusulas de los contratos de adhesión, celebrados con consumidores, modificando la, por entonces vigente, LGDCU./1984, en la que introdujo “*ex novo*” un art. 10-*bis* que hasta entonces no existía, el art. 82 TRLGDCU, que establece que:

“1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba ...”.

Ante todo, del texto reproducido procede resaltar lo que se ha descrito como “*la desaparición del requisito de la generalidad*” contenido en la LGDCU, cuyo requisito pasa a ocupar un lugar secundario y a desempeñar un papel accesorio, sustituido por el rasgo de la ausencia de negociación individual del clausulado⁽¹⁴⁶²⁾. Ya el art. 10, párr. 3º, LGDCU se refería expresamente a las cláusulas de contratos con consumidores que “[tuvieran] *el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*”, estableciendo que “[quedarían] *también sometidas a las prescripciones*” de aquélla, lo cual dio pie a pensar que el art. 10 LGDCU se aplicaba, además, a las cláusulas de contratos con consumidores que no tuvieran ese carácter de condiciones *generales*. Siguiendo esta línea, pero superando a su antecesora, el art. 82, nº 2, TRLGDCU se aplica no solamente a aquellas estipulaciones *no negociadas* individualmente, sin exigir que –además– tengan el carácter de condiciones generales, sino que –además– se aplica, por su potencial índole abusiva, incluso a “*todas [las] prácticas no consentidas expresamente*”, lo cual extravasa, incluso, de lo que son cláusulas o estipulaciones contractuales. De este modo, se satisface el objetivo perseguido según el espíritu de la Directiva comunitaria: que la protección del consumidor se extienda incluso a aquellas cláusulas abusivas que se encontrasen insertas en contratos que no son de condiciones generales; o –por decirlo de otro modo– la protección se extiende a las cláusulas abusivas *singulares* contenidas en los que se describen como contratos de adhesión *particulares*⁽¹⁴⁶³⁾; contratos con cláusulas que reunirían las condiciones de “*predisposición*” y de “*imposición*”, faltándoles solamente el factor de la generalidad⁽¹⁴⁶⁴⁾.

La introducción del art. 10-*bis* LGDCU demostró que el contenido del art. 10 LGDCU no era suficiente para enfrentarse con los problemas de la contratación por adhesión en el sector del Consumo, pues dejaba sin resolver cuáles eran los criterios valorativos a tener en cuenta para apreciar si se produce una ruptura en el justo equilibrio de las prestaciones, en perjuicio del Consumidor o Usuario adherente; criterio que –por el contrario– viene a recoger el art. 10 *bis* LGDCU. Tampoco

1462 GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: Disposición adicional primera. Dos: art. 10.1, a) y b), LGDCU., cit., p. 673. MIQUEL RODRÍGUEZ,J.: Comentario a la Disposición Adicional 1ª, cit., p. 238. MONTÉS RODRÍGUEZ,Mª.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., p. 83.

1463 DUQUE DOMÍNGUEZ,J.F.: “Las cláusulas abusivas...”, cit., p. 464. GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: Disposición adicional primera. Dos: art. 10.1, a) y b), LGDCU., cit., ps. 670 y s. MIQUEL RODRÍGUEZ,J.: Comentario a la Disposición Adicional 1ª, cit., p. 238. MONTÉS RODRÍGUEZ,Mª.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., p. 83.

1464 GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: Disposición adicional primera. Dos: art. 10.1 a) y b), LGDCU., cit., pp. 670 y ss.

resolvía el art. 10 LGDCU la importantísima cuestión de los efectos del carácter abusivo de las condiciones o cláusulas; efectos que –como se podrá apreciar– se resumen en su declaración “*ex lege*” de nulidad absoluta o de pleno derecho, aunque se trata de una nulidad “*quirúrgica*”, porque queda –en principio– circunscrita a las solas cláusulas abusivas.

El art. 80 TRLGDCU protege el Principio de Libertad contractual, entendido como posibilidad de prestar un consentimiento libre; es decir: consciente e informado. En este sentido, el precepto establece que las condiciones generales deberán estar redactadas con concreción, claridad y sencillez, de modo que sea posible su comprensión directa, sin reenvíos a otros textos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo momento, debe hacerse referencia en el momento contractual. Y, además, se impone al Empresario la obligación de entregar “*ad probationem*”, al consumidor o usuario: un recibo justificante, o una copia del documento contractual o una copia del presupuesto ⁽¹⁴⁶⁵⁾.

La tutela del Principio de Justicia, en el art. 82 TRLGDCU, se lleva a cabo procurando conservar la redacción originaria, aunque con las modificaciones pertinentes ⁽¹⁴⁶⁶⁾, así por la vía de la interpretación, estableciendo el principio de que “*en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor*” –es decir: la regla “*contra proferentem*” ⁽¹⁴⁶⁷⁾–, como, también –siguiendo el modelo de la AGBG. alemana–, por medio de un doble sistema de:

* Cláusula *general* prohibitiva, aunque –en el caso de la LGDCU.– más que de una cláusula general prohibitiva habría que hablar de *dos* de estas cláusulas ⁽¹⁴⁶⁸⁾;

* ... junto con varias enumeraciones o *listas* abiertas de posibles cláusulas abusivas ⁽¹⁴⁶⁹⁾, que se contienen en los sucesivos arts. 82, 85, 86, 87, 88, 89 y 90 TRLGDCU.

Sistema que alguno ha criticado, atribuyéndole el demérito de ser el fruto de la *inercia legislativa* y por una *obsesión literalista* respecto del contenido de la Directiva comunitaria ⁽¹⁴⁷⁰⁾.

La idea rectora que impregnó la reelaboración de los preceptos de la LGDCU./1984 era que la Justicia en las condiciones generales se lograría estableciendo que las cláusulas hubieran de *respetar* los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones; expresamente recogidos, entre los requisitos que se imponían a las “*cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción*” y a las “*cláusulas no negociadas individualmente*”, en el art. 10, nº 1, apdo. c), LGDCU./1984 Pero, si el art. 10, nº 1, apdo. c), formulaba una regla positiva, exigiendo que las cláusulas contractuales cumplieran dichos requisitos, el art. 10 *bis* LGDCU venía a cerrar el círculo protector, estableciendo una regla negativa, que consiste en prohibir las cláusulas que no hubieran satisfecho los requisitos aludidos; cláusulas que –precisamente por ese mismo motivo– se calificaban como abusivas. Así, la prohibición general que se establece de las llamadas cláusulas “abusivas”, tomaba como punto de referencia el concepto de art. 10 *bis*, nº 1, LGDCU, a saber:

1465 MIQUEL RODRÍGUEZ,J.: Comentario a la Disposición Adicional 1ª Dos, cit., p. 236, quien señala cómo el precepto contenido en el antiguo art. 10, LGDCU. apenas ha cambiado sustancialmente, a este respecto. MONTÉS RODRÍGUEZ,Mª.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., p. 86.

1466 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R.: Disposición adicional primera. Dos: Art. 10.1 c), LGDCU., en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*”, coord. por R.Bervocitz Rodríguez-Cano, edit. Aranzadi,,S.A., Pamplona, 1999, p. 685.

1467 MIQUEL RODRÍGUEZ,J.: Comentario a la Disposición Adicional 1ª Dos, cit., p. 242.

1468 DUQUE DOMÍNGUEZ,J.F.: “Las cláusulas abusivas...”, cit., p. 466. PAGADOR LÓPEZ,J.: “La Ley 7/1998...”, cit., p. 14.

1469 PARDO GATO, J.R.: “*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión...*”, *op. cit.* DUQUE DOMÍNGUEZ,J.F.: “Las cláusulas abusivas...”, cit., p. 466. PAGADOR LÓPEZ,J.: “La Ley 7/1998...”, cit., p. 14.

1470 Las consecuencias del sistema, en la LGDCU./1984, no puede decirse que fueran brillantes, por la coexistencia entre *dos formulaciones distintas* de la “Cláusula General prohibitiva”; a saber: la que se contenía en el art. 10, nº 1, y la que se contenía en el art. 10 *bis*, nº 1, apdo. 1, dualidad que únicamente contribuía a sembrar múltiples, innecesarias e inadmisibles dudas [PAGADOR LÓPEZ,J.: “La Ley 7/1998...”, cit., p. 14].

“... todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato...” (1471).

Esta cláusula general juega un doble papel respecto de la lista contenida en la Dis. Adicional Primera o, por mejor decir, se ve recíprocamente influida, pero también proyecta su influjo sobre dicha lista. En este sentido, la valoración de las conductas establecidas en la lista debía atender a las líneas maestras de la cláusula general, pero –a la inversa– en la interpretación de los términos de la citada Cláusula General es posible apoyarse sobre la consideración de los elementos que determinan el carácter abusivo de alguna cláusula contenida en la Disp. Adic. Primera LGDCU./1984 (1472).

En la actualidad, el art. 82 define las cláusulas abusivas, estableciendo que se considerarán tales “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Varios son –pues– los factores a tener en cuenta:

En primer lugar, desde un punto de vista objetivo-material, las cláusulas abusivas son –antes que nada– “cláusulas”, y –por tanto– su naturaleza es la de “estipulaciones” contractuales, aunque puede incluirse –también– en negocios jurídicos que no sean contratos, como revela –indirectamente– el art. 84 TRLGDCU [“Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas”]. Pero el TRLGDCU no se ha limitado a estas cláusulas, sino que ha decidido incluir algo que, propiamente, no tiene esta naturaleza comercial paccionada: las “prácticas no consentidas”.

(a) En segundo término, desde un punto de vista subjetivo-intelectual o intencional, unas y otras se caracterizan por la imposición al Adherente: las cláusulas abusivas son estipulaciones o prácticas, sí, pero –sobre todo– son “estipulaciones no negociadas individualmente” y son “prácticas no consentidas expresamente”.

(b) En tercero, desde un punto de vista causal, esas estipulaciones no negociadas individualmente y esas prácticas no expresamente consentidas producen [“causan”] un “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

(c) Y, por fin –en cuarto y último lugar–, desde un punto de vista subjetivo-personal, ese desequilibrio resulta perjudicial para el *consumidor* o *usuario*.

Acto seguido, el mismo art. 82 se ocupa de aclarar el contenido de algunos de sus preceptos y conceptos. Así, su nº 2 establece que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado *individualmente*, “no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato”, concluyendo que el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba, lo cual –en nuestra opinión– debe interpretarse en el sentido de que ello deberá ser así siempre que el Consumidor no lo reconozca o confiese.

Como quiera que la licitud de las cláusulas de adhesión, insertas en los contratos con consumidores, exige que concurra la doble condición fundamental del respeto por la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones –requisitos que, si no fueran idénticos, sería imposible separarlos en la práctica [porque cada uno de ellos es, recíprocamente, presupuesto del otro y la buena fe se entiende

1471 PAGADOR LÓPEZ,J.: “La Ley 7/1998...”, cit., p. 14. MONTÉS RODRÍGUEZ,Mª.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., ps. 84 y 90. BAÑEGIL ESPINOSA,F.: cit., pp. 718 y ss.

1472 DUQUE DOMÍNGUEZ,J.F.: “Las cláusulas abusivas...”, cit., p. 466.

en un sentido objetivo ⁽¹⁴⁷³⁾– la ausencia de uno de estos requisitos determinará un *desequilibrio contractual injustificado*, favorable al empresario predisponente; una quiebra en el “justo equilibrio de las contraprestaciones” ⁽¹⁴⁷⁴⁾, el art. 82, nº 3, TRLGDCU establece que el carácter abusivo de una cláusula “*se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*”.

Mas, “[n]o obstante lo previsto en los apartados precedentes”, el art. 82, nº 4, considera que, en *todo caso*, son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y Derecho aplicable.

Esta técnica legal de clasificación de las cláusulas abusivas venía, ya, de la reforma de la LGDCU./1984, por la LCGG, donde las cláusulas de la llamada “lista negra” –sobre este tema volveré, seguidamente– se agrupaban en cinco categorías, mostrando así –a diferencia de la LGDCU– un “*loable intento de sistematización*” [vinculación del contrato a la voluntad del profesional, Privación de derechos básicos del Consumidor, Falta de reciprocidad, cláusulas abusivas en materia de garantías (las denominadas “*sobregarantías*”) y otras cláusulas abusivas]⁽¹⁴⁷⁵⁾.

En primer lugar, y aunque el TRLGDCU no las mencione expresamente [por el contrario, sí que se refería a ellas el Anteproyecto de Ley de condiciones generales], parece ser que podrían considerarse, bien sea como no puestas, por su carácter sorpresivo, o bien como prohibidas y –por tanto, aunque en cualquiera de ambos casos– como excluidas de los contratos, aquellas cláusulas de condiciones generales que pudieran ser calificadas como “*cláusulas sorprendentes*”; es decir: aquellos pactos y cláusulas que, de acuerdo con las circunstancias y la naturaleza del contrato a celebrar, resulten tan insólitas que el contratante sometido a las condiciones generales no hubiera podido contar razonablemente con su existencia; aquellas que “*conllevan para el consumidor el peligro de hallarse implicado en situaciones contractuales distintas y más desventajosas de lo que razonablemente podría haber previsto e imaginado*” ⁽¹⁴⁷⁶⁾. En opinión de ALFARO, estas cláusulas –expresamente contempladas y prohibidas por el § 3º, AGBG., que establece que no podrán formar la parte fundamental del contrato– irían directamente en contra del principio del justo equilibrio de las prestaciones ⁽¹⁴⁷⁷⁾.

1473 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R.: Disposición adicional primera. Dos: Art. 10.1 c), LGDCU., cit., p. 686. DÍAZ ALABART,S.: Comentario al Artículo 10.1.c), en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”, cit., ps. 252 y s. Esa objetividad en la noción de “Buena fe”, que se recoge en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Condiciones generales, es análoga a la que está presente en el art. 1258 CC.

1474 DÍAZ ALABART,S.: cit., p. 253.

1475 PARDO GATO, J.R.: “*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión...*”, *op. cit.* BOTANA GARCÍA,G.A.: Comentario a la Disposición Adicional 1ª, Seis, Cl. 1ª, cit., p. 311. BAÑEGIL ESPINOSA,F.: cit., p. 721.

1476 BOTANA GARCÍA,G.A.: Comentario a la Disposición Adicional 1ª, Seis, Cl. 1ª, cit., pp. 312 y ss., quien señala que esta circunstancia –para algunos– obligaría a considerar que se ha producido un supuesto, más que de “abuso”, de no incorporación, por desconocimiento. La Autora, sin embargo, se aparta de este criterio, por considerar que los supuestos de “no incorporación” no hay incluido a las cláusulas “sorprendentes”.

1477 ALFARO ÁGUILA-REAL.: cit., p. 245.

Por otra parte, el TRLGDCU contiene no una, sino varias listas, no exhaustivas, y meramente ejemplificativas –pues en caso contrario, se habría producido una merma en el nivel de protección del consumidor, perseguido por la Directiva comunitaria–, de cláusulas “abusivas”⁽¹⁴⁷⁸⁾; listas que se corresponden con las categorías de abusos enumeradas en el citado art. 82, nº 4.

Ahora bien, ¿qué valor tienen esas *listas*? Una posibilidad es que dichas enumeraciones poseen –siempre, o cuando menos en algunos casos– un carácter abusivo imperativo e “*ipso iure*”, en todo caso, una calificación legal como que no permite que tenga lugar una valoración judicial de las mismas: se trata de una “lista negra”, y no de una “*lista gris*” –como la que se incluye en la Directiva⁽¹⁴⁷⁹⁾ y como se había propuesto durante la elaboración de la Ley–, porque se consideró que el sistema de “lista negra” era el que protegía más intensamente a los consumidores y usuarios⁽¹⁴⁸⁰⁾.

b.1.– Privación de derechos básicos del consumidor.

El art. 86 TRLGDCU trata de las cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario, disponiendo que, “[e]n cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean...” una serie de consecuencias que luego expondré. Pues bien, de los términos de la norma cabe deducir que –efectivamente– nos hallamos en presencia de una lista *negra*, pues el hecho de que dicho artículo comience disponiendo que “[e]n cualquier caso serán abusivas las cláusulas...”, revela que no cabe análisis o valoración de las mismas, porque ya resultan abusivas “*per se*”, un poco a la manera de la “*per se condemnation theory*”, utilizada respecto de algunas conductas colusorias, por el Derecho “*Antitrust*”. Partiendo de esta base, que el precepto continúe diciendo que “*en particular [son o serán abusivas] aquellas estipulaciones que prevean...*”, no añade ni quita un ápice a la gravedad e inexorabilidad de la calificación, propia de una “*lista negra*”, porque lo que ello significa es que en particular serán “*per se*” abusivas; que –concretamente, y con carácter ejemplificativo y abierto– serán abusivas *sin remisión* y de modo *automático*, las siguientes:

1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

En particular, las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.

2. La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél.

3. La liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

Ya el art. 10 LGDCU *prohíbe* las limitaciones *absolutas* de responsabilidad frente al consumidor o usuario, así como *también* las cláusulas *relativas a la utilidad o finalidad esencial del producto o*

1478 PARDO GATO, J.R.: “Aproximación á política comunitaria de protección dos consumidores...”, cit., pp. 185 a 203. PAGADOR LÓPEZ, J.: “La Ley 7/1998...”, cit., p. 14. BOTANA GARCÍA, G.A.: Comentario a la Disposición Adicional 1ª, Seis, Cl. 1ª, cit., p. 309. MONTÉS RODRÍGUEZ, Mª.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., p. 90.

1479 ARTUCH IRIBERRI, E.: cit., p. 13. PARDO GATO, J.R.: “Aproximación á política comunitaria de protección dos consumidores...”, cit., pp. 185 a 203.

1480 BOTANA GARCÍA, G.A.: Comentario a la Disposición Adicional 1ª, Seis, Cl. 1ª, cit., p. 310. MONTÉS RODRÍGUEZ, Mª.P.: “Las Condiciones generales...”, cit., p. 90. BAÑEGIL ESPINOSA, F.: cit., p. 721. PARDO GATO, J.R.: “*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión...*”, *op. cit.*

servicio (1481). Y es que la responsabilidad civil –contractual o extracontractual– constituye una materia jurídica en constante evolución, que experimenta tensiones e influencias de sentido inverso. Por una parte, se aprecia una proliferación de acciones [“*remedies in tort*”, “*tort claims*”, “*remedies for breach of contract*”] para reclamarla. Por otra, se produce un aumento inusitado de las cláusulas de limitación o de exclusión de la responsabilidad, que se reflejan en todo tipo de prestaciones y contratos, como –p.e.– las cláusulas de no responsabilidad por pago de cheques extraviados o sustraídos, estableciendo una especie de presunción de negligencia del cliente (1482).

En el Derecho comparado se adoptaron normas tendentes a controlar tales estipulaciones. Así, en el Derecho italiano, el art. 1341 Cod.civ.it. establece que este tipo de cláusulas, entre otras, carecerá de efecto, si no han sido específicamente aprobadas por escrito. Pero el art. 1229 Cod.civ.it., según el cual son nulas las cláusulas de irresponsabilidad en caso de dolo o culpa grave, o en los casos en los que el hecho del deudor o de sus auxiliares, constituya una violación de obligaciones derivadas de normas de orden público, ha sido interpretado en el sentido de que el art. 1341 se refiere a exoneraciones de responsabilidad distintas de las que contempla el art. 1229, las cuales serán nulas de pleno derecho, mientras que aquellas podrán ser válidas si se aceptan por escrito de forma expresa (1483).

El § 11º, nº 7, AGBG. declaró prohibidas e ineficaces las cláusulas por las que se limita o excluye la responsabilidad, en caso de dolo o culpa grave, lo cual supone que queda abierta la posibilidad de admitir como válida la cláusula que limite o excluya la responsabilidad por culpa leve. Pero, aún entonces cabe preguntarse si esta cláusula podría ser válida en todo caso, o no. Y la respuesta a esta interrogante es que depende del tipo de contratos u operaciones en cuyas condiciones generales se pretenda incluir (1484).

El art. 12 Dir.CEE. 374/1985, establecía que no cabía limitar o excluir mediante cláusulas contractuales, la responsabilidad del productor de productos defectuosos.

La LGDCU./1984 prohibía las limitaciones que fueran absolutas, lo cual vendría a apoyarse, sin duda, sobre la base del art. 1102 CC que considera nulos los pactos de exoneración de la responsabilidad derivada del dolo, a lo que hay que añadir que se trataría de pactos “*contra legem*”, porque el art. 156, LCCH imputa directamente el riesgo de los daños derivados del pago de cheques falsificados, a la entidad bancaria, a no ser que haya mediado negligencia del titular del talonario, en la custodia del mismo (1485). Mas, por lo que hace a la responsabilidad por daños derivados de culpa o negligencia, el art. 1103 CC guarda silencio, aunque entre la Doctrina se encuentra generalizada la opinión de que el citado art. 1103 CC se refiere sólo a la llamada culpa “grave” o “lata”, y, como quiera que “*culpa lata dolo aequiparatur*”, habrá que concluir que también serían nulos los pactos de exclusión de responsabilidad por culpa grave. Mas, ¿“*quid iuris*”, cuando la responsabilidad derivada de una culpa “intermedia” o de una “*culpa levis*”? En opinión de algún auto, tampoco sería admisible la limitación de responsabilidad, en caso de culpa media, por cuanto las reglas dispositivas no son sólo un ejemplo o modelo parra utilizarse, o no, sino que obedecen al equilibrio normal de los

1481 El apdo. 6º, del art. 10, nº 1, c), LGDCU./1984 contempló dos tipos de supuestos; a saber: 1) las limitaciones absolutas de responsabilidad, frente al consumidor o usuario, y 2) Las limitaciones relativas a la utilidad o finalidad esencial del producto: en cuanto a lo primero, la norma contempla las limitaciones, tanto si se refieren a la responsabilidad contractual, como extracontractual, y su inclusión disuade a los empresarios predisponentes, a la par que pone en guardia a los consumidores, acerca de la utilización de tales cláusulas [DÍAZ ALABART,S.: cit., p. 289. NIETO CAROL,U.: “Contratación bancaria y...”, cit., p. 204].

1482 NIETO CAROL,U.: “Contratación bancaria y...”, cit., p. 205.

1483 DÍAZ ALABART,S.: cit., pp. 287 y ss.

1484 El art. 18 del D-L. portugués, de 1985, relativo a las cláusulas absolutamente nulas, menciona las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad por daños a la vida, integridad moral o física y a la salud de las personas; la que se refiera a los daños extracontractuales patrimoniales, causados en la esfera de la contraparte o de terceros, las que se refieren a la responsabilidad por el no cumplimiento definitivo, la mora o el cumplimiento defectuoso, y las que se ocupen de la responsabilidad por actos de representantes o de auxiliares, en caso de dolo o culpa grave.

1485 NIETO CAROL,U.: “Contratación bancaria y...”, cit., p. 205.

intereses en juego, es decir, a la propia y mismísima “Causa” del contrato, de modo que su modificación debería estar justificada, para ser eficaz (1486).

Ahora bien, el art. 86 TRLGDCU no se pronuncia en términos de limitación “*absoluta*” o “no absoluta” de la responsabilidad, ni menciona el tema del Dolo o de la Culpa: se vale de otros criterios, como el de que la exclusión o limitación de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario, sea o se haga “*de forma inadecuada*”, lo que representa –sin duda– un concepto jurídico indeterminado. Ya en su día –vigente la LGDCU./1984– lo importante en este punto era determinar, no ya si una cláusula de limitación de responsabilidad era ilícita, de acuerdo con los arts. 1102 o 1103 CC, por ser contraria a esas normas imperativas, o en la medida en que no existiera razón suficiente para eludir la norma dispositiva, sino *cuándo* serían nulas por poseer *carácter abusivo* (1487). En este sentido, desde luego, la protección deparada por el art. 10, 1º, c), apdo. 6, LGDCU. no podía ser menor que la existente en el seno de la contratación ordinaria, de modo que las reglas expuestas debían ser aplicadas directamente, quedando el problema circunscrito al supuesto de la culpa leve (1488), hasta el punto de que el citado art. 10, 1º, c), apdo. 6, LGDCU./1984 llevaba a la conclusión de que la cláusula sólo sería abusiva si contuviese una limitación “*absoluta*” de la responsabilidad por la culpa “leve”. Y, sin embargo, ya por entonces semejante interpretación resultaba errónea (1489), porque incluso aunque una cláusula o estipulación de limitación de responsabilidad, frente a consumidor, se refiriese únicamente a la que deriva de la culpa leve, y aunque no tuviera carácter absoluto, aún así podría tener carácter abusivo, si no respetase el justo equilibrio de las prestaciones; si el predisponente no ofrece al consumidor ninguna contrapartida –como, p.e., una reducción del precio–, en compensación de la limitación de responsabilidad. Sea como sea, es preciso atender a las circunstancias singulares de cada caso concreto (1490).

Las limitaciones parciales de la responsabilidad pueden tener carácter excluyente de aquélla en determinados supuestos, o bien pueden fijar el límite máximo cuantitativo de responsabilidad [limitaciones voluntarias “*forfaitarias*”]..., pero no cabe admitir que, “*de facto*”, lleguen a comportar una limitación absoluta (1491). De todos modos, en última instancia, la licitud de las limitaciones parciales debía superar el límite del justo equilibrio de las prestaciones (1492).

La LGDCU./1984 introdujo una importantísima especialidad en materia de contratos con los consumidores, reconociendo a estos el derecho *a la utilidad o finalidad esencial* del producto o servicio, como uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, incardinable dentro de los legítimos intereses económicos, y abstracción hecha de que entre en juego en relación con contratos celebrados por condiciones generales, o en otro caso. El referido derecho a la utilidad o finalidad esencial constituye una norma de “*ius cogens*”. Por este motivo había de prestarse especial atención a las cláusulas que sometiesen a requisitos especialmente gravosos la posibilidad de reclamación, ya que podían comportar limitaciones *indirectas* de responsabilidad. Este criterio ha terminado pasando al art. 86 TRLGDCU.

1486 DÍAZ ALABART,S.: cit., p. 289, asumiendo las opiniones manifestadas por DE CASTRO.

1487 GARCÍA-PITA y LASTRES,J.L.: “*Derecho Mercantil de Obligaciones. Parte General*”, edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales,S.A., Madrid/Barcelona, 2003, p. 734.

1488 DÍAZ ALABART,S.: cit., p. 290.

1489 Como se deducía tanto de las exigencias de la pura lógica, como de los términos de los arts. 25 y ss. LGDCU./1984.

1490 DÍAZ ALABART,S.: cit., p. 290.

1491 DIAZ ALABART,S.: cit., p. 290.

1492 Y, lo que es más: resulta muy dudoso que cupiera admitir limitaciones de responsabilidad por debajo de los límites fijados en los arts. 25 y ss. LGDCU./1984, para todo tipo de daños, ya que –en todo caso– habría que considerar abusiva la cláusula de limitación, cuando se trate de daños personales (fallecimiento, lesiones corporales, etc...), o de daños derivados de un hecho que constituya delito DÍAZ ALABART,S.: cit., p. 290, quien señalaba que ésto podía deducirse de lo dispuesto en el art. 31 LGDCU./1984].

4. La privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación.

5. La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario.

6. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación.

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

b.2. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional.

El art. 89 TRLGDCU se ocupa de las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, estableciendo que tienen la consideración de cláusulas abusivas, “[e]n todo caso”, las siguientes que enumera. De la dicción del precepto se deduce que existe un doble nivel de intensidad de la prohibición; a saber: primeramente, hay una prohibición genérica, sustantiva y mediata, de modo que, si bien aquellas cláusulas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato serán abusivas, el hecho de que –acto seguido– se diga “y, en todo caso, las siguientes:...” sugiere que las que no sean esas “siguientes” cláusulas, no serán abusivas “en todo caso”, sino que habría que entrar a analizarlas conforme a los criterios que proporciona la propia Ley.

Mas, en segundo lugar, el art. 89 parece contener otra prohibición –más bien, una serie de prohibiciones– específicas, formales e *inmediatas*, que tendría las características de una lista “negra”, ya que las cláusulas en ella mencionadas –que, a continuación se enumeran– serán abusivas “en todo caso”. Tales son:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

Se trata, en realidad, de un supuesto de desplazamiento de los riesgos relativos a los daños que puedan surgir por los defectos, errores o fallos de funcionamiento “administrativo”; de gestión y administración, bien sea del propio Empresario predisponente, o de terceros ajenos a él, como –p.e.– los bancos, excluyéndose, claro está, los fallos imputables al propio Consumidor⁽¹⁴⁹³⁾. El Suministrador de bienes o servicios sabe que estadísticamente el tipo de errores a los que alude el precepto se da un tanto por ciento determinado de veces, y si, a través de la utilización de condiciones generales, logra que el resultado de esas equivocaciones gravite exclusivamente sobre el cliente, habrá conseguido rebajar sus costes y aumentar sus ganancias. Sin embargo, tal actitud será injusta, porque se trata de riesgos propios de la explotación, de modo que quien debe asumirlos es el sujeto profesional, cuya capacidad, preparación e infraestructura son mayores que las del Consumidor, porque esos riesgos de la explotación ya son tenidos en cuenta por el Empresario, a la hora de fijar sus márgenes de ganancia, y –finalmente– porque el Empresario es el único que puede disminuirlos, precisamente a través de una mejora en su propia organización.

Ahora bien, los fallos o errores pueden ser *exclusivamente* imputables al propio *Consumidor*, y no hay que olvidar que a éste también le es exigible un determinado nivel de diligencia: la de un Buen Padre de familia en el cumplimiento de sus obligaciones. Así pues, aun cuando es obvio que no le

1493 NIETO CAROL,U.: “Contratación bancaria y...”, cit., p. 205. DÍAZ ALABART,S.: cit., p. 295, en relación con las domiciliaciones bancarias de los pagos pendientes, en las que el banco cree, erróneamente, que la cuenta carece de fondos y se niega a pagar.

podrá ser exigida la misma diligencia que al Empresario o Profesional, sí que es posible deducir que le será reprochable su propia culpa, cuando no sea leve y sea exclusiva.

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

6. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

En la LGDCU./1984 lo que se prohibía –por razón de la falta de reciprocidad– eran las descritas como “*condiciones abusivas de crédito*”, originalmente recogidas –como supuesto de clausulado abusivo– en el art. 10 LGDCU. Ya por entonces la Doctrina señaló que este supuesto resultaba claramente ambiguo (¹⁴⁹⁴). ¿Acaso se está refiriendo el legislador a la represión de las prácticas usurarias? Al parecer, se sostuvo que *nada* tenía que ver con la *Usura*, porque para reprimir esta última ya existía la Ley de 23.07.1908, aún vigente, que imponía –inclusive– sanciones penales y que, desde la perspectiva jurídico-privada, determinaba la nulidad de los contratos usurarios. Por este motivo, lo que sostuvo la Doctrina era que se trataba, más bien, de en la utilización por la entidad de crédito de métodos de *ocultación* del interés *real* que habría de pagar el prestatario, de tal modo que que, en la práctica, dicho interés resultaba ser muy superior al que se pactó en el contrato.

8. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

Por otra parte, el art. 85 se ocupa de las cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario; cláusulas directamente abusivas que supondrían una infracción del principio de intangibilidad unilateral del contrato, contenido en el art. 1256 CC, a la par que de otros preceptos más concretos, como el art. 1273 CC, relativo a la determinación del Objeto del Contrato, o del art. 1446 CC, relativo a la determinación del precio, en la Compraventa, y una actuación contraria a la buena fe y una grave ruptura del equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes del contrato (¹⁴⁹⁵).

1494 AZORÍN RONCERO, J.: cit., p. 2138.

1495 BOTANA GARCÍA, G.A.: Comentario a la Disposición Adicional 1ª, Seis, Cl. 1ª, cit., p. 311. BAÑEGIL ESPINOSA, F.: cit., p. 723.

En este sentido, el mencionado art. 85 dispone que “[l]as cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:...”.

De la dicción del precepto se deduce, una vez más, que hay un doble nivel de intensidad de la prohibición, igual que en el caso del art. 89; a saber: primeramente, hay una prohibición genérica, sustantiva y mediata, que tendría la eficacia de una lista “gris”, ya que hay que suponer que, si bien aquellas cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas, el hecho de que –acto seguido– se diga “y, en todo caso, las siguientes:...” sugiere que las que no sean esas “siguientes” no serán abusivas “en todo caso”, sino que habría que entrar a analizarlas conforme a los criterios que proporciona la propia Ley.

Mas, en segundo lugar, el art. 85 parece contener otra prohibición –más bien, una serie de prohibiciones– específicas, formales e *inmediatas*, que tendría las características de una lista “negra”, ya que las cláusulas en ella mencionadas –que, a continuación se enumeran– serán abusivas “en todo caso”:

1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario ⁽¹⁴⁹⁶⁾ un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida.

Se contempla, aquí, el supuesto de un contrato que se halla en fase de formación, en el que el plazo que ha señalado el profesional marca el tiempo de vigencia de la oferta formulada por el consumidor ⁽¹⁴⁹⁷⁾. En principio, a falta de pacto sobre este extremo, habría que atender al criterio del plazo *razonable*, luego de cuyo vencimiento caducaría la oferta. El carácter abusivo de la cláusula mencionada reside en la situación de incertidumbre en que se deja al consumidor, haciéndole perder la oportunidad de dirigirse a otros profesionales ⁽¹⁴⁹⁸⁾. Por su parte, cuando se trata de cláusulas por las que se reserva al profesional un *plazo excesivamente largo, o bien insuficientemente determinado, para satisfacer la prestación debida*, el problema reside en el riesgo de *frustrar* el interés contractual del consumidor, en la medida en que el cumplimiento de la prestación del profesional queda “*postergado más allá de lo razonable, de acuerdo con las circunstancias del caso*”, lo cual –por si fuera poco– suele comportar un encarecimiento del precio, porque suele pactarse que el precio será el que tenga la mercancía, etc., en el momento de ejecución de la prestación ⁽¹⁴⁹⁹⁾.

2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo ⁽¹⁵⁰⁰⁾.

1496 Antes de la reforma operada por la Ley nº 7/1998, la referencia genérica a “una de las partes” llamaba la atención, porque aun cuando la norma estaba pensada básicamente con el objetivo de proteger los legítimos intereses económicos de los consumidores, por los términos literales de la misma, pareciera que aquí también se había contemplado la posibilidad de que fuese a un consumidor, a quien se le hubiera reconocido o atribuido por las condiciones generales, la posibilidad de efectuar una denuncia unilateral del contrato...., ¡y, aparentemente, también para prohibirla!. Sin embargo, es menester considerar que la norma se refiere exclusivamente a las cláusulas de denuncia o rescisión unilateral establecidas por, y a favor del Predisponente, y no a favor del Consumidor/adherente, porque estas últimas, aunque favorecieran al usuario, habrían sido introducidas entre las condiciones generales, por el Empresario, de forma voluntaria y meditada, razón por la cual nada tendrían de ilícito, salvo que la facultad del Consumidor sea simplemente formal, y –por tanto– ilusoria, lo que determinaría el desequilibrio contractual abusivo [DÍAZ ALABART, S.: cit., pp. 261 y ss.].

1497 CÁMARA ÁGUILA, M^a del P.: Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1^a.I.1^a, LGDCU., en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*”, coord. por R.Bercovitz Rodríguez-Cano, edit. Aranzadi, S.A., Pamplona, 1999, p. 837.

1498 CÁMARA ÁGUILA, M^a del P.: Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1^a.I.1^a, LGDCU., cit., p. 837.

1499 CÁMARA ÁGUILA, M^a del P.: Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1^a.I.1^a, LGDCU., cit., p. 840.

1500 CÁMARA ÁGUILA, M^a del P.: Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1^a.I.1^a, LGDCU., cit., ps. 836 y 846, señala que se trata de cláusulas que tienen como elemento común el “*ir referidas a la incidencia del plazo o término en las cláusulas predispuestas*”. El precepto va expresamente referido a contratos de duración determinada –p.e.: suministro de bienes esenciales, como agua, gas, electricidad–, lo cual parece superfluo porque sólo respecto de tales contratos tiene sentido hablar de “*prórroga*”. Por el contrario, el supuesto no operaría en contratos de ejecución instantánea ni tampoco en contratos de duración indefinida.

En este caso, si el consumidor no se manifiesta en contra, *fijando una fecha límite demasiado lejana* –lejanía que debe entenderse *respecto del vencimiento del plazo del contrato*; es decir: que, paradójicamente, resulta demasiado cercana a su celebración– *que no permita esa manifestación contraria*, quedan prohibidas como abusivas, por cuanto se considera que con plazos tan prolongados el consumidor no se halla en condiciones de valorar si desea, o no, mantener la relación contractual, cuando falta tanto tiempo para la conclusión del contrato ⁽¹⁵⁰¹⁾.

3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

Las cláusulas de interpretación unilateral aparecieron mencionadas expresamente, por vez primera –la versión antigua de la LGDCU no las mencionaba expresamente–, en la LGDCU./1984/v.n., pues resultan evidentemente abusivas, porque la función interpretativa le incumbe, bien a los Tribunales de Justicia, o bien a las partes contratantes: a ambas, y no a una sola, que –además– es la más poderosa y que se convertiría, así, en juez y parte, en defensa de sus propios intereses y en detrimento de los de su contra-parte. Y esto, para no mencionar que –además– este tipo de cláusula *infringiría* una norma *imperativa* de la propia LCGG., cual es la que establece la regla “*contra profrentem*” ⁽¹⁵⁰²⁾.

Otro tanto cabe decir de las cláusulas de *modificación* unilateral del contrato [aparecidas, igualmente, por vez primera en la LGDCU./1984/v.n.], que son –asimismo– evidentemente abusivas, porque es obvio que comportan una clara infracción del art. 1256 CC. Mas, como quiera que la índole imperativa o dispositiva de este precepto podría discutirse, la LCGG. y la LGDCU./1984 salieron al paso y zanjaron cualquier duda, prohibiendo semejantes cláusulas ⁽¹⁵⁰³⁾, como hace –ahora– el art. 85 TRLGDCU.

Ahora bien, a este respecto se hace una importante distinción, ya que cuando se trata de cláusulas incorporadas a los que se describen como “*contratos referidos a servicios financieros*”, y como consecuencia de las especialidades propias de las entidades dedicadas a la actividad financiera –cuyas entidades son objeto de una especial protección, debido a las necesidades de *mayor flexibilidad* en el sector, por los “*riesgos inherentes*” al mismo–, se establece un régimen especial, al igual que ya sucedió en la Directiva Comunitaria ⁽¹⁵⁰⁴⁾. Así, se prevé que “[e]n los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior [es decir: la calificación como abusivas de las facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato] *se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.*

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga

1501 CÁMARA ÁGUILA, M^a del P.: Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1^a. I. 1^a, LGDCU., cit., p. 844, citando SAP Palma de Mallorca, de 10.06.1991, donde se declaró abusiva y prohibida una cláusula de este tipo, por considerarla “*sorprendente*”, en el sentido de aquellas “*estipulaciones inesperadas que la somera y poco informada lectura de las condiciones generales, por el consumidor, no desvela*”.

1502 ÁLVAREZ OLALLA, P.: Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1^a. I. 2^a, LGDCU., cit., pp. 854 y ss.

1503 ÁLVAREZ OLALLA, P.: Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1^a. I. 2^a, LGDCU., cit., pp. 856 y ss.

1504 ÁLVAREZ OLALLA, P.: Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1^a. I. 2^a, LGDCU., en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*”, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, edit. Aranzadi, S.A., Pamplona, 1999, p. 851.

la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes”.

4. Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculten a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento –en virtud del art. 1124 CC– o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato. En este sentido, ya se ha señalado con anterioridad que no se puede pactar un derecho *discrecional* de revocación anticipada, sino que dicha resolución unilateral anticipada debe basarse en una *causa justa*, que resulte adecuada a la naturaleza del negocio de que se trate y a la característica de confianza común o máxima buena fe recíproca, que es propia –p.e.– de los contratos bancarios. Es más: no basta una vaga alusión a esa justa causa. Mas, ¿qué decir de los contratos de duración o tracto sucesivo, en los que no se ha convenido un plazo determinado de duración?. Es principio reconocido que nadie puede estar sometido a una relación obligatoria de duración indeterminada, ni menos aun, perpetua. De ahí que quepa deducir la licitud de los pactos de denuncia unilateral, aunque bien es verdad que deberán respetar las exigencias de la buena fe, a través de la previsión de mecanismos de preaviso, y la determinación de causas objetivas que eviten la arbitrariedad.

5. Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aún cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones.

6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

7. Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme.

8. Las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario.

9. Las cláusulas que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

10. Las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio.

11. Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

b.3. Falta de reciprocidad.

Son abusivas por falta de reciprocidad, de acuerdo con el art. 87 TRLGDCU, las cláusulas “*que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:...*”. La dicción del precepto se diferencia de la del art. 85: *falta*, por completo, una mención que disponga que las cláusulas que se mencionan serán abusivas “*en todo*”.

caso”. Por este motivo, aunque la estructura del precepto pueda recordar a la del art. 85 –principio general y lista de cláusulas–, su sentido es muy distinto: no hay un doble nivel de intensidad de la prohibición, solamente hay una prohibición genérica, sustantiva y mediata, seguida de una enumeración *ejemplificativa*, cuya condición o naturaleza de tal –es decir: de mera lista *ejemplificativa*– tendría un doble alcance: primero, para poner de manifiesto que se trata de un “*numerus apertus*”, y –en segundo lugar– porque tendría la eficacia de una lista “*gris*”, ya que las cláusulas contempladas en ella, como ejemplos de falta de reciprocidad contractual, no tendrían por que ser abusivas “*en todo caso*”, sino que habría que entrar a analizarlas conforme a los criterios que proporciona la propia Ley.

Las cláusulas mencionadas como determinantes de la “*la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario*” son las siguientes:

1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.
2. La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario.
3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad.
4. La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato.
5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado.

6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

b.4. Cláusulas abusivas en materia de garantías (las denominadas “*sobregarantías*”).

Las cláusulas abusivas en materia de garantías constituyen el objeto del art. 88, que nuevamente parece configurar una nueva lista *negra*, ya que establece –una vez más– que “[e]n todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan”:

1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

2. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

3. La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia.

b.5. Otras cláusulas abusivas.

Cláusulas abusivas pueden serlo, también, las que versen o impongan deberes o exigencias en materia de competencia [judicial o arbitral] y Derecho aplicable. A ellas se refiere el art. 90 TRLGDCU, que dice que “[s]on, *asimismo, abusivas*” las cláusulas que establezcan:

1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble. En este sentido, cabe mencionar la doctrina que refleja la STS de 14.10.2002, referida a una cláusula de sumisión procesal contenida en un contrato de préstamo hipotecario bancario, el TS –luego de declarar que “[n]o existen normas específicas que impongan la competencia territorial para los procedimientos instados por el Banco Hipotecario y eliminen el fuero procesal de la LEC.”–, mantuvo que “la más moderna doctrina jurisprudencial respecto a los pactos de sumisión que autoriza el artículo 57 de la Ley Procesal Civil... acomodada a la Directiva 93/13 de 5 Abr. 1993, encuadra dichas cláusulas de sumisión en el concepto de abusivas, pues los préstamos hipotecarios otorgados en el tiempo que corresponde a los ejecutados ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid, se han de calificar como contratos de adhesión, en los que la negociación bilateral es mínima” (1505).

3. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

b.6. Consecuencias del carácter abusivo y normas de control de las cláusulas predispuestas, en la contratación con consumidores.

Como hemos anticipado, los arts. 80 al 91 TRLGDCU contienen un complejo normativo global de control de los contratos de consumo por adhesión, es decir, los que –de acuerdo con el art. 2º, nº 2, Dir.CEE. nº 13/1993– se definían como “cláusula[s] no negociada[s] individualmente” –tal es el concepto nuclear en la regulación–, aquellas cláusulas en las que “el consumidor no haya podido influir sobre su contenido”; particularmente en el caso de contratos de adhesión (1506). Pues bien, de hecho ya sólo en el art. 80 se reúne y casi se resume el Derecho de los contratos de consumo por adhesión, toda vez que en sus párrafos se establecen:

1. Las condiciones sustantivas y formales de validez de los contratos y cláusulas contractuales, predispuestas para someterlas a la adhesión de los consumidores; condiciones que se basan en el respeto de los reiterados principios de “Libertad” y de “Justicia”

2. Un régimen *especial*, en materia de interpretación contractual, específicamente adoptado a este tipo de cláusulas predispuestas o impuestas “*ex uno latere*”.

3. Una referencia al régimen de autorización administrativa de cláusulas de condiciones generales o de contratos de adhesión, propio de ciertos sectores económicos, bien indicando que dicha autorización no excluye el sometimiento al régimen de la contratación por adhesión.

1505 STS, S. 1ª, de 14.10. 2002; Ponente.: Sr. Villagómez Rodil, en AC., 2003, nº 9, del 24 de febrero al 2 de marzo, marg. 136, pp. 745 y ss.

1506 PAGADOR LÓPEZ,J.: “La Ley 7/1998...”, cit., p. 14. BAÑEGIL ESPINOSA.: cit., p. 718. GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: Disposición adicional primera. Dos: art. 10.1 a) y b), LGDCU., cit., p. 671. PARDO GATO, J.R.: “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión...”, *op. cit.*

4. Medidas de información, asesoramiento profesional y publicidad.

En este sentido, dice el art. 80, nº 2, que cuando se ejerciten acciones individuales relativas a los contratos con consumidores que incorporen cláusulas no negociadas individualmente, prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula.

Mas, por otra parte, se precisan medidas de control, ya preventivo, ya represivo, y así –p.e.– el art. 81 TRLGDCU trata de la aprobación e información de las cláusulas, condiciones o estipulaciones generales, disponiendo –nº 1– que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la *aprobación y control* de las Administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez, y con independencia de la consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios prevista en el TRLGDCU u otras leyes. Todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales del TRLGDCU.

Por su parte –art. 81, nº 2– los notarios y los registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia.

El cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor y usuario en la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en los supuestos en que reglamentariamente esté previsto, se regirá por lo dispuesto en el artículo 71.

Por su lado, el art. 83 TRLGDCU establece la nulidad de las citadas cláusulas, pero –al mismo tiempo– contempla la posibilidad de integración del contrato, lo que demuestra que el alcance de la nulidad –que no su intensidad– es limitado. En este sentido, el art. 83, nº 1, establece que *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*. Por consiguiente, hay nulidad absoluta, pero esa nulidad no afecta al contrato, en su conjunto; no afecta al contrato de manera total, sino que a lo que afecta es a las propias *cláusulas*, las cuales se tendrán por no puestas, cual si no hubieran existido. Mas por este mismo motivo, el art. 83, nº 2, dispone que *“[l]a parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva”*.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

Igualmente, el art. 84 TRLGDCU, bajo la rúbrica de *“autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas”*, establece que los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Y, por fin, el art. 91, referido a los contratos relativos a valores, instrumentos financieros y divisas, establece que las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos, a la resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros bienes y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el empresario no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje o giros postales internacionales en divisas.

Sobre este tema, en torno a las condiciones generales de la contratación, volveremos más adelante al adentrarnos en los aspectos procesales de la protección del consumidor.

c.– La ejecución del contrato de consumo: garantías de conformidad.

En relación con la ejecución de los contratos de consumo, quisiera hacer referencia a la llamada "obligación de conformidad", que introdujo en el Ordenamiento español la –hoy derogada– Ley nº 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (LGar.Vbc.), que incorporó a nuestro Derecho el contenido de la Dir.CE. nº 44/1999, de 25.05.1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; disposiciones que representaron, en su día, "una contribución al desenvolvimiento del nuevo régimen jurídico de los vicios o defectos de la cosa vendida" y "un giro copernicano a la tradicional disciplina del saneamiento por vicios", sobre la base de considerar que "el defecto es un incumplimiento de la obligación de entrega que pesa sobre el vendedor, con todo lo que ello conlleva" (1507). Pese a su denominación, lo cierto es que ambas disposiciones extravasan del ámbito estricto de la figura de las garantías, para entrar en cuestiones que tienen que ver más con la "identidad del objeto de la prestación", y –en términos más generales– con las obligaciones generales de todo vendedor de mercancías. En una compraventa de consumo –como en una mercantil o una civil– el Vendedor, aparentemente, tiene dos obligaciones principales; a saber: la de entregar la cosa o cosas, objetos del contrato, y la de garantizar la posesión pacífica de las mismas, tanto frente a los escasos supuestos de evicción, como frente a los posibles vicios ocultos (1508).

La LGar.Vbc. nº 23/2003 no se aplicaba a absolutamente todas las compraventas; ni siquiera a todas las compraventas mercantiles, sólo a las ventas *profesionales a consumidor* (1509). Por este motivo, el contenido de esta Ley –que quedó formalmente derogada– se incorporaría finalmente al TRLGDCU, donde ahora viene recogido en sus arts. 114 y ss., aunque –antes que eso– el problema de la conformidad de las mercancías o productos aparece, ya, en diversos preceptos, comenzando por el art. 21, titulado "régimen de comprobación y servicios de atención al cliente", y que se halla situado en el Cap. Vº –"Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios"– del Tít. I, Lib. Iº, TRLGDCU, en su nº 1, párr. 2º, establece que "[l]a devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el título V del libro II". No se trata, pues, de una norma sustantiva, y si lo es, su contenido es tan general y programático que es preciso que luego hayan de aplicarse otros preceptos más concretos: los arts. 114 y ss. De lo que se trata es de que el régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos permita que el consumidor se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del bien, y que pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro, y hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación ofrecidos, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Pues bien, si lo que se dispone es que –en caso de falta de conformidad– procederá una *devolución total* del precio, es porque la falta de conformidad debe constituir un incumplimiento absolutamente *esencial*.

Asimismo, el art. 61 TRLGDCU, sobre el régimen de integración publicitaria del contrato, luego de establecer que la oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación, añade que el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de *conformidad* con el contrato. Todo ello –claro– sin perjuicio de cláusulas más beneficiosas. En este sentido, si lo que

1507 ORTÍ VALLEJO, A.: "Los defectos de la cosa en la Compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE.", edit. Comares, Granada, 2002, p. 1.

1508 LANGLE RUBIO, E.: "El Contrato de Compraventa mercantil", cit., p. 69. DE PABLO-ROMERO y GIL-DELGADO, C.: "Capítulo II. Contratos de intercambio...", cit., p. 162. HUET, J.: "Traité...", cit., pp. 190 y ss.

1509 Así se deducía del propio título de la Ley, y como resultaba de su art. 1º.

se dispone es que resultan contractualmente exigibles la utilidad o finalidad; las prestaciones propias de cada bien, es porque las prestaciones, tal utilidad y finalidad del producto o mercancía, se consideran condiciones absolutamente *esenciales* del objeto, y –por tanto– del contenido contractual. Por este mismo motivo –porque tales prestaciones; tal utilidad y finalidad del producto o mercancía, se consideran condiciones absolutamente *esenciales*– posteriormente los arts. 86 y 89, respectivamente, incluyen entre las cláusulas abusivas, por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario, precisamente las cláusulas de exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario; especialmente, las que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad. E incluyen como cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, en todo caso, las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios.

Ahora bien, es de recordar que los preceptos fundamentales en esta materia son los arts. 114 al 125. Tales preceptos forman el Título V, “Garantías y servicios posventa”, del Lib. II, TRLGDCU. Así, el art. 114, establece que “[e]l vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto” (1510). Por consiguiente, el vendedor-empresario que contrata con adquirente-consumidor se encuentra sometido a la obligación de *conformidad* cuando el objeto de la venta está constituido por un “*producto*”, siendo así que –de conformidad con el art. 6º TRLGDCU– “*es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil*”. Todo bien mueble, de modo que no tiene por qué tratarse, solamente, de bienes muebles genéricos, sino que también quedarían sometidos a lo dispuesto en el art. 114 los bienes muebles específicos.

Seguidamente, el art. 115 establece que “*quedan incluidos en el ámbito de aplicación de este título, los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de producirse o fabricarse*”, lo cual no debe verse como una delimitación objetiva, sino funcional: no se atiende a la naturaleza de los objetos –siempre serán “*productos*”, en el sentido antes mencionado–, sino a la naturaleza de los contratos: las compraventas y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse. Sin embargo, una vez efectuada esta delimitación positiva de su ámbito de aplicación, el art. 115, nº 2, establece –sirviéndose de dos criterios [el *objetivo* y el *funcional*], y no de uno sólo– que lo previsto en estos preceptos no será de aplicación:

1. A los bienes adquiridos mediante venta judicial: aquí predomina el elemento funcional.
2. Al agua o al gas cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas: aquí –por el contrario– predomina el elemento objetivo; de hecho, parece el único criterio que se toma en consideración.
3. A la electricidad: aquí –nuevamente– predomina el elemento objetivo.
4. Tampoco a los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores puedan asistir personalmente: aquí –por el contrario– se vuelve al elemento funcional.

Pues bien, interesa señalar que así la Dir.Gar.Vbc., como el Tít. V, Lib. II, TRLGDCU, tratan de cuestiones que inciden directamente sobre la ejecución de la obligación de entrega, aunque ya no se

1510 Ya no es preciso aclarar –como hacía el viejo art. 2º LGar.Vbc./2003– que “*son vendedores las personas físicas o jurídicas que, en el marco de su actividad profesional, venden bienes de consumo*”; es decir: “*bienes muebles corporales destinados al consumo privado*”, y “*se consideran consumidores los definidos como tales en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”, pues esto es algo que se deduce del conjunto del propio TRLGDCU.

recurre a la noción de identidad, sino a la de “conformidad”⁽¹⁵¹¹⁾,⁽¹⁵¹²⁾, de modo que el principio de conformidad del bien con el contrato se configura como “una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales”, aunque esa comunidad no signifique que en todo caso constituya una base suficiente para satisfacer los legítimos intereses de los consumidores⁽¹⁵¹³⁾. En consecuencia de lo expuesto, el art. 114 TRLGDCU., cita como primero de los “principios generales” que formalmente enuncia la misma regla que se acaba de exponer; a saber: que el vendedor de mercancías al consumidor “está obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa, en los términos en esta ley”. De este modo, una simple lectura de los arts. 2º, nº 1, Dir.Gar.Vbc./1999 y 114 TRLGDCU nos revela que la conformidad se sitúa en el marco de las obligaciones del vendedor, y –más precisa y significativamente– en el marco de la obligación de entrega: “El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme”.

La falta de conformidad conlleva una responsabilidad *civil contractual*, porque –como revela con toda claridad el art. 114– “[e]l vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme”. Se trata de una verdadera obligación de garantía de conformidad, integrada o asociada a la obligación general de entrega. Por otra parte, el art. 116, nº 2, TRLGDCU establece que la falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto se equipará a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el artículo 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor y usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación⁽¹⁵¹⁴⁾. Además, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.

d.– El precio y su pago.

La utilización masiva de letras de cambio en las ventas a plazos a consumidor, lo que no solamente comporta una concesión de crédito, sino una ruptura o una quiebra en la situación contractual paritaria de comprador y vendedor. Este hecho, determinó un grave problema de Derecho consumérista, dado que resulta obvio que la Letra de cambio, con su abstracción, su autonomía y su aptitud circulante puede lesionar gravemente la posición económica y jurídica del Consumidor, que ha adquirido bienes o servicios defectuosos, porque –frente a un tercer adquirente cambiario de buena fe– el consumidor no podría oponer excepciones causales, basadas en el incumplimiento del contrato de consumo.

1511 AVILÉS GARCÍA,J.: “Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y en la Ley 23/2003”, edit. Comares, Granada, 2006, p. 173.

1512 Así, p.e., los arts. 2º, nº 1 y 3º, nº 1, Dir.Gar.Vbc./1999; bajo las rúbricas “Conformidad con el contrato” y “Derechos del consumidor” establecen que “[e]l vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa...”, y que “[e]l vendedor responderá ante el consumidor por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien...”. Y esta noción –“falta de conformidad”, y cu contraria la “Conformidad”– se tratan en el precedente art. 2º, Dir. Gar.Vbc., que establece una serie de *presunciones de conformidad* con el contrato: 1.– Si los bienes de consumo se ajustan a la *descripción realizada* por el Vendedor y *poseen las cualidades de la muestra o modelo*, que haya presentado el Vendedor al Consumidor. 2.– Si son *aptos para el uso especial requerido por el consumidor*, que éste haya *puesto en conocimiento del vendedor*, en el momento de la celebración del contrato, y *éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso*; 3.– son aptos para los *usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo* o 4.– presentan la *calidad* y las *prestaciones habituales* de un bien del mismo tipo que el consumidor puede *fundadamente esperar*, habida cuenta de la *naturaleza del bien* y, en su caso, de las *declaraciones públicas* sobre las *características concretas* de los bienes, hechas por el Vendedor, el Productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado.

De todos modos, se considerará que no existe falta de conformidad, si en el momento de la celebración del contrato, el Consumidor tenía conocimiento de este defecto, o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor [art. 2º, , nº 3, Dir. Gar.Vbc.].

1513 AVILÉS GARCÍA,J.: “Los contratos de compraventa...”, cit., p. 173.

1514 Vid. art. 2º, nº 5, Dir.Gar.Vbc.

Y, sin embargo, de las últimas –y graves– consideraciones la Ley no había resuelto el problema de las Letras de cambio empleadas en operaciones de consumo de bienes y servicios. Como se podrá apreciar por las consideraciones precedentes, el tema es grave; tanto que hubo autores que directamente llegaron a defender el criterio –recogido en ciertas legislaciones extranjeras– de que quedase prohibido el uso de la Letra de Cambio, en operaciones de consumo ⁽¹⁵¹⁵⁾. Ciertamente que en el Anteproyecto se había anticipado la posibilidad de imponer al Gobierno la tarea de dictar las disposiciones conducentes a la creación de una nueva Letra de cambio, aplicable en materia de consumidores y usuarios, pero –en definitiva– el texto final de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (LCCH) no contiene más que una alusión muy *descomprometida* ⁽¹⁵¹⁶⁾, en los siguientes términos.:

“La normativa jurídica que introduce esa Ley... no impide que, tras los oportunos estudios y cuando las circunstancias económicas y sociales lo requieran, pueda abordarse la elaboración de un texto legal complementario y específico que establezca las normas que hayan de regir para las letras remitidas en operaciones realizadas por los consumidores y usuarios”.

Así, aunque en la LCCH se previó la promulgación de una normativa especial para estas letras de cambio, en la que –probablemente– quebraría el principio de la abstracción cambiaria, para permitir que el Deudor opusiera excepciones derivadas del incumplimiento del contrato de provisión de bienes o prestación de servicios, o de los defectos etc., de estos últimos, y aunque llegó a elaborarse un Proyecto, encomendado al Prof. Alberto BERCOVITZ, el Consejo Superior Bancario y las Asociaciones de Empresarios mostraron –aduciendo que el cercenamiento del uso de la letra produciría enormes acumulaciones de stocks improductivos– una oposición tal que puede decirse que el proyecto nació muerto ⁽¹⁵¹⁷⁾.

La nueva Ley de Crédito al Consumo se ha preocupado, por fin del problema, centrando su atención en el ámbito de la oponibilidad de excepciones causales –derivadas de la relación contractual de consumo–, que, por consiguiente, debieran ser estrictamente personales, pero que –sin embargo, y en atención a las exigencias del principio “*pro utenti*”– parece que pueden ser opuestas incluso a un tercero de buena fé, como podría ser el banco descontante que financiase la operación, concediendo crédito y liquidez al Empresario proveedor de bienes o servicios.

El problema de las excepciones cambiarias es un problema esencial, dado que se trata de una “cuestión de vida o muerte, para la Letra”, debido a su enorme relevancia práctica. En este sentido, el fortalecimiento y el rigor del derecho de crédito que corresponde al Tenedor de la Cambial se ha buscado, a lo largo de la historia, merced a la limitación de los medios de defensa accesibles al Deudor cambiario, de modo que la medida de la exclusión de excepciones (“*Einwendungen*”) frente al ejercicio de la acción cambiaria revela el grado de protección que cada ordenamiento depara a la circulación de la Letra ⁽¹⁵¹⁸⁾. La nueva Ley nº 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, permitiría hablar de una nueva –y, en cierto modo, sorprendente– categoría de excepciones; a saber: las excepciones reales, pero causales, y es que, para dar cumplimiento al mandato contenido en la Ley Cambiaria, de que habría de promulgarse una normativa especial para las letras de cambio empleadas en operaciones de consumo, la LCCH regula un régimen especial de oponibilidad, que se refiere a las excepciones que se basen en las relaciones del consumidor o usuario con el proveedor de los bienes o servicios correspondientes. Estas excepciones son claramente “causales”, ya que derivan de la relación contractual que da origen a la emisión de la Cambial, y –por este mismo motivo– deberían ser excepciones personales, inoponibles –por consiguiente– a quienes, siendo tenedores, ostentaren la condición de terceros de buena fe.

1515 POLO DIEZ, A. y POLO SANCHEZ, E.: “El futuro de la Letra de cambio”, en RJC., 1980.

1516 MOTOS GUIRAO, M.: cit., p. XXV.

1517 MOTOS GUIRAO, M.: cit., p. XXV.

1518 SÁNCHEZ CALERO, F.: “Las Excepciones cambiarias”, en RDBB., 1988, nº 29, enero/marzo, p. 7. EIZAGUIRRE, J. M^a.de.: “El Sistema de las Excepciones frente a la Acción Cambiaria”, cit., p. 517.

Sin embargo, la LCrC. permite que el deudor cambiario, que —a la sazón— tenga la consideración de “consumidor o usuario”, en el sentido que tales expresiones tienen en el art. 1º, nº 1, LCrC.; es decir: toda persona física que actúe con propósito ajeno a la actividad empresarial o profesional, oponer esas excepciones frente a quien le hubiere concedido crédito, en la operación de consumo; ya se trate del propio proveedor, o bien de un empresario distinto, siempre —en este segundo caso— que existiese un acuerdo previo y exclusivo entre el proveedor y el concedente del crédito, y siempre que la concesión de crédito fuera resultado de tal acuerdo ⁽¹⁵¹⁹⁾.

También es condición “sine qua non”, para que proceda la oponibilidad de estas excepciones, la de que la operación de crédito al consumo de la que deriven los efectos cambiarios no se halle excluida del ámbito de aplicación de la LCrC.

III. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PROCESAL

A los efectos de un adecuado tratamiento de la cuestión objeto de estudio, *Derecho de Consumo versus Estatuto del Consumidor*, se hace preciso abordar el procedimiento de defensa seguido en el Estado español en torno al consumidor, como contraste respecto de otras regulaciones y a modo de brindar la referida experiencia procesal, partiendo para ello de lo establecido sobre el tema en el articulado de la LEC y dejando igualmente apuntadas las peculiaridades más importantes recogidas en las distintas leyes sustantivas especiales.

1.— LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

a.— La capacidad para ser parte.

El artículo 6.1 de la LEC dispone lo siguiente:

“Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:

7º. Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

8º. Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores”.

La capacidad para ser parte es la aptitud genérica que una persona tiene para ser demandante o demandado en un proceso. Esta capacidad nos indica quiénes pueden ser parte en cualquier proceso. Tradicionalmente la capacidad para ser parte se corresponde con la personalidad jurídica, de tal manera que tendrán capacidad para ser parte quienes tuvieran personalidad jurídica según el derecho material (por ejemplo las personas físicas y las personas jurídicas).

Sin embargo, la realidad ponía de manifiesto la existencia de determinados supuestos en los que, por razones prácticas o de justicia, era preciso reconocer capacidad para ser parte, capacidad para demandar o para ser demandados, a determinados entes o grupos no dotados formalmente de personalidad, que responden a realidades diferentes, pero que actúan en el tráfico jurídico.

Por ello la LEC ha roto aquella ecuación, puesto que reconoce capacidad para ser parte a entidades que no tienen personalidad jurídica. Y uno de los supuestos en los que la capacidad para ser parte y la personalidad jurídica no confluyen es precisamente en materia de consumidores. En efecto, el art. 6.1.7 de la LEC determina que podrán ser parte en los procesos civiles *los grupos de consu-*

1519 SÁNCHEZ CALERO, F.: “Instituciones...”, cit., t. II, 18ª ed., p. 118.

midores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que los compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Como advertimos la norma procesal reconoce capacidad para ser parte, aunque no tengan personalidad jurídica, al grupo de consumidores afectados. Lo que el legislador ha querido es reconocer capacidad a estos colectivos, no en razón de las personas físicas integrantes de los mismos, sino, precisamente, en cuanto tales colectivos, es decir, en cuanto entes asociativos sin personalidad jurídica.

Como vemos la LEC no reconoce la capacidad para ser parte a cualquier tipo de grupo o colectivo, sino a los grupos integrados por *consumidores y usuarios*. Y no solo esto, sino que es preciso para poder ser parte de un proceso que hayan sufrido un daño, esto es, ser perjudicados. Además tal reconocimiento se condiciona también a la circunstancia de que *los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables*, pues, de lo contrario, el proceso habría de ser instado, bien por la persona física afectada en cuanto tal, o bien por una asociación legalmente constituida de consumidores y usuarios. Y por último se exige para demandar en juicio que el grupo se constituya *con la mayoría de los afectados*.

No existe pues una admisión incondicional de la capacidad para ser parte de los grupos de consumidores sino que se restringe con tres límites :1) Que sean perjudicados por un hecho dañoso; 2) Que los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables ; y 3) Que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

El reconocimiento de esta capacidad, aun con las limitaciones expuestas, constituye el primer eslabón del sistema de tutela de los derechos e intereses colectivos diseñado por la LEC.

No obstante las restricciones apuntadas, ello no significa que los grupos cuyos componentes no se puedan determinar no puedan verse afectados, ni que en estos casos, no exista un derecho o interés difuso susceptible de ser lesionado. Lo que ocurre es que en tales casos, se niega al grupo en cuestión la capacidad para ser parte en el proceso en que se insta su tutela, reconociendo aquélla solamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que siendo personas jurídicas aúnan ya capacidad para ser parte y personalidad jurídica (Art. 6.1.3º de la LEC que reconoce la capacidad para ser parte a las personas jurídica).

El sentido de la norma parece dar a entender que la capacidad para ser parte *sólo se reconoce para ser demandante*. Ello puede deducirse de sus propios términos, al exigir que *para demandar en juicio* el grupo se constituya con mayoría de los afectados. La propia circunstancia de que se aluda a grupo de *afectados por un hecho dañoso*, nos induce a reafirmar la anterior conclusión, pues se refiere a ser afectados, lo que tiene una connotación de perjudicado o dañado y por lo tanto reclamante de la reparación de tal perjuicio o daño.

De este modo la capacidad para ser parte presenta una nueva restricción y es que únicamente se reconoce para ejercitar acciones vía demanda, ni siquiera vía reconvencción, pues sólo puede reconvenir el demandado (art. 406.1 LEC) y este grupo no podría serlo.

El apartado 8º del art. 6 de la LEC fue introducido por el art. 1º.1º de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, y ello con la finalidad de otorgar a las entidades de otros Estados miembros la capacidad para ser parte y la legitimación para poder actuar en los procesos que se siguen ante los tribunales españoles y que traigan causa de una acción de cesación. Para ello es preciso que estén habilitadas para el ejercicio de dichas acciones, habilitación que se obtiene con la inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Bastará para actuar con la aportación de la lista en cuestión.

Recientemente el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba en España el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU), establece en su art. 53 que *“la acción de cesación se dirige a obtener*

una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato (...)”.

Por su parte el art. 54 incluye entre los legitimados para el ejercicio de la acción de cesación a “*d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.*

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción” (1520).

b.– La capacidad procesal.

La capacidad procesal es la aptitud para poder comparecer en el proceso y realizar en él actos procesales válidos. A dicha capacidad se refiere el artículo 7 de la LEC.

Hemos visto como respecto a la capacidad para ser parte el art. 6 de la LEC rompe con la tradicional equiparación entre personalidad jurídica y personalidad procesal, reconociendo capacidad para ser parte a entidades que no poseen personalidad jurídica. En derecho material se distingue entre personalidad jurídica o capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de obrar necesaria para poder ejercitar los citados derechos válidamente. Esta distinción existe también en el derecho procesal, teniendo que diferenciar entre capacidad para ser parte, y, en consecuencia, entre la aptitud para ser titular de los derechos, deberes y cargas procesales, y la capacidad de obrar procesal, aptitud para ejercitar y asumir válida y eficazmente los derechos, deberes y cargas procesales.

En relación con los *grupos de consumidores o usuarios*, habrán de comparecer en juicio las personas que de hecho o en virtud de pactos de la entidad actúen en su nombre frente a terceros. El problema radica precisamente ahí, lo que generará no pocas cuestiones al órgano encargado del control de oficio de dicha capacidad procesal, por cuanto que no existirá problema alguno cuando la unión, el grupo tenga documentado un pacto o acuerdo en el que se establezca la persona o personas que tengan encomendada la actuación frente a terceros de tal grupo. Ahora bien, a falta de pacto la comprobación de oficio por parte del órgano jurisdiccional de la actuación de facto en nombre del grupo presenta más dificultades. Esto último pudiera acreditarse mediante prueba documental que dejase constancia de la actuación en algún o algunos actos concreto y en nombre del grupo de afectados (por ejemplo gestiones extrajudiciales).

c.– Legitimación.

El artículo 11 de la LEC destina su redacción a los aspectos relativos a la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Su tenor literal es el siguiente:

“Art. 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legiti-

1520 En cuanto a la acción de cesación, vid. PARDO GATO, J.R.: “La acción de cesación como medio de protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”, *Estudios sobre Consumo*, Instituto Nacional del Consumo, nº 69, 2004, pp. 29 a 45.

mación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas .

4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el art. 6.1.8º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”.

A diferencia de la capacidad, que es un presupuesto genérico que debe concurrir en las partes y común a cualquier pretensión de tutela jurídica que se ejercite, la legitimación hace siempre referencia a una determinada relación del sujeto con la situación jurídica sustancial que se deduce en juicio; como ha dicho el Tribunal Supremo, aparece en función de la pretensión formulada, requiriendo una aptitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una litis especial y concreta, por obra de una relación en que las partes se encuentran respecto a la cosa que es objeto del litigio.

Esta relación se concreta la mayoría de las veces en su titularidad. En ocasiones, sin embargo, el ordenamiento jurídico, en atención a un interés que considera prevalente y digno de protección, legitima a un sujeto para deducir en juicio, en nombre propio, un derecho del que no es titular, produciéndose entonces una disociación entre la titularidad de la situación jurídica sustancial y la titularidad del derecho a hacerla valer en el proceso. Son los casos de *legitimación extraordinaria*, que tienen su fundamento en la ley.

Los casos de legitimación común, ordinaria o extraordinaria, son supuestos tradicionales de legitimación, en cuanto parten de la base de un proceso que tiene por objeto una relación o situación jurídica individual o individualizada. Sin embargo, la realidad socioeconómica actual rebasa la estructura jurídica tradicional, al surgir nuevas situaciones jurídicas materiales de titularidad supraindividual que exigen, para su adecuada y efectiva tutela jurisdiccional, de nuevas estructuras procesales. Hasta épocas recientes, el derecho material ha ido por delante del derecho procesal, puesto que la regulación de que determinadas normas sustanciales y sustantivas realizan de los intereses supraindividuales no ha ido acompañada de las correspondientes reformas procesales. Aquella situación ha intentado superarla, en nuestro ordenamiento jurídico interno, la LEC al reconocer en el artículo objeto de comentario, una legitimación para la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios. Esta legitimación *colectiva* es un presupuesto necesario para que la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales sea efectiva, puesto que, aun estando legitimados individualmente los titulares de estos intereses, es evidente que normalmente no se hace uso en la práctica de esta legitimación, al no compensar los gastos de tiempo y dinero que el proceso genera para el sujeto individual en comparación con los beneficios que la sentencia le pueda reportar.

En un desarrollo específico y sectorial de las reglas generales de legitimación procesal, el art. 11 de la LEC diseña el régimen jurídico de la legitimación activa en aquellos procesos civiles tendentes al enjuiciamiento de pretensiones ejercitadas en defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, legitimación que, como es obvio, del lado pasivo corresponderá a la persona autora o responsable de cualesquiera acciones u omisiones lesivas de tales derechos o intereses.

El precepto comentado aglutina tanto la legitimación, la legitimación que pudiera calificarse de representación institucional, así como la legitimación extraordinaria de las Asociaciones de Consumidores para la defensa de los derechos y de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

En virtud de lo determinado en el art. 11 de la LEC, la legitimación activa en la materia de tutela de los consumidores y usuarios se encuentra repartida entre las siguientes personas y entidades:

1º. El art. 11.1 reconoce una legitimación ordinaria a las personas afectadas, pues como es obvio, la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios puede ser instada, a título individual, por cada una de las personas consumidoras del producto o usuarias del servicio. Se recoge también una legitimación ordinaria de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender sus propios derechos e intereses; una legitimación extraordinaria representativa de tales asociaciones para defender los derechos e intereses de sus asociados; y una legitimación extraordinaria para defender los intereses supraindividuales y los derechos de los consumidores y usuarios.

2º. En el apartado 2 del art. 11 se reconoce una legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores y a otras entidades legalmente constituidas que tengan por fin la defensa de los intereses de consumidores y usuarios, para pretender la defensa de los intereses de un grupo de consumidores y usuarios determinados o fácilmente determinables – lo que se ha venido en llamar, tal y como recoge el precepto, *intereses colectivos* –; y una legitimación extraordinaria representativa de los grupos de afectados por un hecho dañoso, para lo cual se reconoce capacidad para ser parte al propio grupo (art. 6.1.7º LEC), el cual actuará en el proceso, tal y como ya hemos visto, representado por la persona que de hecho o en virtud de pactos internos del grupo actúe en su nombre (art. 7.7 LEC).

La atribución de legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

Primero.– Que esté legalmente constituida lo que exige acudir a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de Asociación, que es la norma general, sin perjuicio de las normas específicas de las comunidades autónomas. Conforme al art. 10.1 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación, las asociaciones deberán inscribirse en el correspondiente Registro a los solos efectos de publicidad.

Establece al efecto el art. 23 del TRLGDCU que *“son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo de lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación de asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados.*

También son asociaciones de consumidores y usuarios las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación de cooperativas, que respeten los requisitos básicos exigidos en esta norma y entre cuyos fines figure, necesariamente, la educación y formación de sus socios, y estén obligadas a constituir un fondo con tal objeto, según su regulación específica”.

El art. 33 del TRLGDCU acaba con la polémica acerca de la inscripción o no: *“Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una comunidad autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional de Consumo.*

Tras su denominación, estas asociaciones de consumidores y usuarios indicarán su número de inscripción registral”.

Segundo.– El segundo requisito que ha de reunir la Asociación es que *tenga como finalidad la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados.*

En este sentido el art. 24.1 del TRLGDCU establece que: *“las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les*

resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores”.

El apartado comentado otorga también legitimación a *las entidades legalmente constituidas*, diferenciándolas de las asociaciones de consumidores y usuarios. Ello provoca cierta confusión. Pudieran caber dos posibilidades de interpretación: o son las asociaciones constituidas por personas afectadas por un hecho o acto dañoso y con el fin exclusivo de defender sus derechos o intereses, o bien las entidades jurídicas con finalidades más amplias, pero entre las que cupiera la defensa de los asociados en tanto consumidores y usuarios.

Se alude también en el mismo apartado a los *grupos de afectados*. Cuando los perjudicados sean un grupo determinado o de fácil determinación, además de la legitimación individual, se reconoce también legitimación para instar la defensa de sus derechos o intereses al propio grupo de afectados que, como hemos visto, goza de capacidad para ser parte pese a no tener personalidad jurídica, siempre que se constituya con la mayoría de los afectados; grupos que habrán de comparecer en juicio a través de las personas que de hecho o en virtud de acuerdo o pacto actúen en su nombre.

3º. El apartado 3 del art. 11 otorga legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses y derechos de los consumidores cuando éstos sean indeterminados o de difícil determinación – intereses *difusos* en expresión del propio precepto –. En este supuesto la asociación ha de ser *representativa*, condición ésta que, a primera vista, no se acierta a entender, pues toda asociación de consumidores ha de considerarse que es representativa por naturaleza. Sin embargo, se arroja alguna luz sobre la cuestión si reparamos en el contenido del art. 24.2 del TRLGDCU cuando determina que “*a efectos de lo previsto en el art. 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica*”.

4º. En el apartado 4 del art. 11 se alude a la legitimación en las acciones de cesación. Este apartado fue incorporado por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, que supuso la transposición en el derecho español de la Directiva 98/27, de 19 de mayo de 1998, de la Comunidad Europea.

La acción de cesación tiene por objeto el que se condene al demandado a cesar en la utilización o en recomendación de utilización de cláusulas abusivas y a prohibir la reiteración futura de dichas conductas. También es objeto de la acción de cesación prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato ⁽¹⁵²¹⁾.

Pues bien, para el ejercicio de estas acciones, tienen legitimación, según el art. 11.4 LEC:

Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

c) Las entidades legalmente constituidas.

d) Los grupos de afectados.

e) El Ministerio Fiscal.

f) Las entidades habilitadas a las que se refiere el art. 6.1.8º, que son aquellas que con arreglo al derecho comunitario están habilitadas para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los

1521 PARDO GATO, J.R.: “La acción de cesación como medio de protección...”, cit., pp. 29 a 45.

intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Por entidad habilitada ha de entenderse:

a') para las entidades públicas competentes en materia de consumo, que deseen estar habilitadas ante la Comisión Europea para el ejercicio de dichas acciones, mediante su inclusión en la lista a tal fin publicada por el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, bastará que la entidad lo manifieste a través del Instituto Nacional de Consumo, al Ministerio de Justicia y por éste se notificará a la Comisión.

b') Para las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, además de la solicitud expresa, se les exige que estén presentes en el consejo de Consumidores y Usuarios; sólo entonces el Ministerio de Justicia, cumplidos estos requisitos y a instancia del Instituto Nacional de Consumo, efectuará la notificación a la Comisión Europea para su inclusión en la lista.

c') En relación con entidades y asociaciones europeas, para que tengan legitimación en España, es necesario que figuren en la lista publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Novedad especial constituye la inclusión en la legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación del Ministerio Fiscal.

El TRLGDCU establece en su art. 53 qué ha de entenderse por acciones de cesación. Así *“La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.*

A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas”.

El art. 54 del TRLGDCU establece la legitimación para las acciones de cesación distinguiendo dos tipos de conductas:

“1. Frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados, estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación :

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de consumidores y usuarios.

c) El Ministerio Fiscal.

d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas”.

2. Todas las entidades citadas en el apartado anterior podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

3. La legitimación para le ejercicio de la acción de cesación frente al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios, se regirán por lo dispuesto en el art. 11, apartados 2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo estarán legitimados para el ejercicio de esta acción:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

b) El Ministerio Fiscal”.

d.– La intervención procesal.

A los efectos de la intervención procesal, deberemos atenernos, fundamentalmente, a lo dispuesto en los artículos 13.1 y 15 de la LEC:

“Artículo 13. Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados.

1. Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos “.

“Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.

3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 de esta Ley.

4. Quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios “.

En términos muy básicos, la llamada “intervención procesal” implica la participación de un tercero en un proceso pendiente, ajeno y distinto a las partes procesales principales, el cual puede ocupar o situarse de diversas formas con relación a éstas.

Se distingue, así, en función de cuál sea el título de legitimación esgrimido por el interviniente, entre *intervención principal* que supone la deducción en el proceso de una pretensión de contenido distinto y alternativo a las pretensiones respectivamente formuladas por las partes originarias, e *in-*

tervención adhesiva donde la pretensión del tercero coincide con alguna de las planteadas por las partes principales, bien con las del demandante, bien con las del demandado, a las que se adhiere.

Respecto a esta última categoría se distingue, a su vez, entre *intervención adhesiva litisconsorcial*, para el caso de que el tercero ostente una legitimación análoga a la invocada por la parte principal a la que se adhiere, e *intervención adhesiva simple* cuando lo que se tiene por el tercero es tan sólo un interés en el éxito de la pretensión principal.

También se ha distinguido entre *intervención voluntaria* e *intervención provocada*, según obedezca la entrada del tercero en el proceso a su propia y espontánea voluntad o a un llamamiento en este sentido por alguna de las partes procesales originarias.

Para intervenir en un proceso pendiente es necesario que se acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito (art. 13.1.I LEC). Sin embargo, la norma presume la existencia *ope legis* de dicho título legitimador con respecto a *cualesquiera consumidores y usuarios*, aunque los mismos no estén afectados o no hayan sido perjudicados por el hecho lesivo que constituya el objeto litigioso, de cara a su *intervención en aquellos procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos* (art. 13.1.II LEC).

El art. 15 LEC regula la publicidad e intervención en los procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

La regulación normativa de estas cuestiones alcanza especial relieve por las consecuencias que se derivan de la sentencia que pone fin a esta clase de procesos, en tanto en cuanto produce efectos de cosa juzgada con respecto a los consumidores que no hubieran personalmente participado en los mismos (art. 222.3 LEC)

Es por ello, que la LEC dispone de preceptivos mecanismos de publicidad, con la pretensión de poner en conocimiento, de forma personal y directa, la intención de presentación de la demanda a los consumidores determinados o de fácil determinación en el caso de acciones colectivas; o, mediante la publicación, en los medios de comunicación social, de su admisión a trámite, tanto en los supuestos de intereses difusos como colectivos, y todo ello con la finalidad perseguida de propiciar la intervención de los consumidores perjudicados, a los efectos de que puedan hacer valer su derecho e interés individual, mediante la adhesión a la demanda formulada, personándose en el procedimiento, haciéndolo a través de otra asociación a la que pertenezcan, entre otros mecanismos posibles de defensa de sus intereses. En definitiva, para que sus voces sean oídas, sus concretas pretensiones contempladas en la sentencia que ponga fin al proceso, que, no olvidemos, deberá pronunciarse expresamente al respecto (art. 221.3º LEC).

La primera cuestión que se plantea es si se trata de un supuesto de intervención voluntaria o provocada. En principio, de acuerdo con el concepto de intervención voluntaria, en ésta figura el tercero sin haber sido llamado al proceso, pide intervenir en él, mientras que en la intervención provocada se produce un llamamiento *ad intra* del tercero. Las opiniones son diversas. Así, ROMERO NAVARRO mantiene que es un supuesto de intervención provocada, toda vez que los consumidores acuden al proceso no por propia iniciativa, sino por la llamada de la asociación o entidad que demanda⁽¹⁵²²⁾. Por el contrario, GARBERÍ LLOBREGAT sostiene que estamos ante un supuesto de intervención voluntaria⁽¹⁵²³⁾.

En el apartado 1 del art. 15 se establece un régimen común de publicidad tanto para el caso de acciones colectivas como difusas y que consiste en el llamamiento, a través de los medios de comunicación, a quienes tengan la condición de consumidores y usuarios perjudicados con el fin de poner en su conocimiento la admisión de la demanda.

1522 Romero Navarro, R., y otros: “Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia”, Ed. Sepin. Madrid, 2008, Tomo I, p. 209.

1523 Garberí Llobregat, J.: “Los Procesos Civiles”, Ed. Bosch, 2001, Tomo I, pg. 208.

Cuando la LEC se refiere a medios de comunicación no puede entenderse suficiente la publicidad edictal en los diarios oficiales, a través de los cuales la experiencia nos demuestra que es difícil que llegue al consumidor perjudicado la noticia de la pendencia del proceso. Es por ello que debe imponerse que la admisión de la demanda se publique en los medios ordinarios de comunicación social (periódicos, televisión, radio, internet, etc.), a través de los cuales las posibilidades de que el perjudicado conozca la existencia de la demanda aumentan de modo considerable ⁽¹⁵²⁴⁾.

Esta publicidad es imperativa, controlable de oficio por parte del juez, dados los términos en que se expresa el art. 15, que, de forma categórica, señala que se *llamará*, con lo que dicha publicidad se constituye en exigencia ineludible.

El momento a partir del cual se llevará a efecto la publicación, será desde que la demanda sea admitida e inmediatamente después de la resolución judicial de admisión. La observancia de dicho requisito requiere que no se sustancia el procedimiento, con el emplazamiento del demandado, hasta que sea cumplida aquella exigencia legal, si bien, en el caso de las acciones colectivas, y a diferencia de las acciones difusas, no sea necesario esperar el plazo de dos meses del apartado 3 del art. 15 de la LEC para continuar el curso del proceso.

Visto el régimen de publicidad común a las acciones colectivas y difusas, la LEC establece un régimen distinto para cada una de ellas en los apartados 2 y 3 del art. 15.

Así en el apartado 2 se señala que “*cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso*”, que es el supuesto típico conformador de la acción promovida en defensa de intereses *colectivos*, se exige al demandante o demandantes que hayan comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados.

En cuanto a la forma de hacer dicha notificación deberá dejarse constancia escrita de su realización a los efectos de que por parte del juzgado se pueda controlar el cumplimiento de dicho requisito.

El cumplimiento del requisito de la comunicación previa a los consumidores perjudicados se configura de esta forma como un presupuesto de admisibilidad de la demanda.

En la Sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 23 de junio de 2005, y en el caso del ejercicio de una acción formulada por una asociación de consumidores y usuarios contra diversas entidades bancarias y academias de inglés, instando entre otras la resolución de los contratos de enseñanza y los contratos vinculados de financiación, se consideró que tratándose de intereses *colectivos y no difusos* los defendidos en el proceso, el incumplimiento del requisito de la previa notificación de la intención de demandar a los consumidores afectados determinaba que la publicidad del apartado primero del art. 15 – régimen común de publicidad – no fuera bastante, y por ausencia de dicho presupuesto procesal, se admitió exclusivamente la legitimación de la asociación de consumidores con respecto a sus asociados, en cuyo nombre accionaba también.

Cuando se acciona en defensa de intereses colectivos – de consumidores determinados o de fácil determinación – tras el llamamiento el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.

Por el contrario, cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, es decir, cuando nos hallemos ante el ejercicio de acciones en defensa de intereses difusos, el llamamiento, al que se refiere el apartado primero del art. 15, suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses, con el fin de que los consumidores afectados puedan intervenir en el procedimiento. En este supuesto, el

1524 Seoane Spiegelberg, J.L.: “*La tutela procesal de consumidores y usuarios*”, edit. Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Madrid, 2005, p.101.

juez será el que deba determinar *atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados*, el plazo de suspensión, transcurrido el cual, el proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el caso de la demanda en defensa de intereses colectivos, no se admitirá *la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior*.

Por último, quedan exceptuados de los requisitos de publicidad antes señalados *los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios* (Art. 15.4).

La razón de ello se recoge en la propia Exposición de Motivos de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, justificándola en *dotar de rapidez y eficacia a los procesos en que se ejercite la acción de cesación para la protección de los intereses de consumidores y usuarios*.

e.– La competencia territorial en materia de consumo.

“Artículo 54. Carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial. (...).

2. No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios.”

En lo que a la determinación de la competencia territorial respecta, el orden de aplicación de los distintos fueros es el siguiente:

1º. En primer lugar, habrá de atenderse a la existencia o no de *fueros imperativos*, establecidos en las normas reguladoras de la competencia territorial, los cuales, al regular ésta sobre un determinado tipo de conflictos, impedirán la aplicación de cualesquiera otros fueros o criterios atributivos de la competencia territorial, incluida la sumisión. Los fueros imperativos pueden definirse como aquellos criterios legales de determinación de la competencia territorial que operan con carácter absoluto o preferente, por encima – y con exclusión – de cualesquiera acuerdos e sumisión expresa o tácita entre las partes y de los fueros legales generales. La diferencia entre los fueros legales imperativos y los fueros generales radica en que éstos son disponibles a través de diversas modalidades de sumisión, mientras que los fueros imperativos, por el contrario, son indisponibles de raíz, de tal forma que, no sólo impiden la hipotética realización de cualesquiera pactos de sumisión de fuero capaces de alterar su contenido, sino que también convierten en inútiles y sin efectos los eventuales acuerdos que hayan podido formalizarse entre las partes en este sentido. En definitiva, en presencia de un fuero territorial legal imperativo no cabe aplicar ningún otro criterio de atribución de la competencia territorial, ni cabe que las partes se sometan expresa o tácitamente a un juzgado o tribunal distinto al indicado en la Ley. El fuero territorial se torna, así, en indisponible y que puede ser examinado de oficio por el órgano judicial ⁽¹⁵²⁵⁾.

2º. Subsidiariamente, de no existir fuero legal imperativo que se cierta sobre el tipo o la clase de conflicto, habrá de atenderse a la sumisión expresa o tácita de las partes.

3º. Por último, y también de forma subsidiaria, si sobre un determinado tipo de conflicto no ha dispuesto el legislador de un fuero territorial imperativo, ni las partes han formalizado tampoco un acuerdo de sumisión expresa, ni el demandado ha opuesto queja alguna a la competencia territorial del órgano que esté conociendo del asunto, entonces, en defecto de todos esos fueros legales imperativos y convencionales, expresos o tácitos, deberán aplicarse los *fueros generales* establecidos en la ley.

La competencia territorial, que es ese criterio que permite establecer qué órgano jurisdiccional debe conocer de un asunto, de entre los que tienen igual competencia objetiva, con exclusión de

1525 Garberí Llobregat, J.: *op. cit. supra*, Tomo I, p. 746.

todos los demás, ha estado fundamentada durante muchos años en un conjunto de normas inspiradas en el principio dispositivo. Es decir, este criterio competencial ha estado determinado por la voluntad de las partes del proceso, básicamente, a través de los institutos de la sumisión expresa y tácita. Esta sumisión expresa o tácita de las partes posibilitará el que las mismas, mediante el correspondiente acuerdo convencional previo al proceso o por la conducta puramente pasiva del demandado, respectivamente, puedan atribuir la competencia territorial a aquel órgano objetivamente competente que designen o al que se sometan con entera libertad.

Las reglas convencionales de determinación de la competencia territorial se conocen tradicionalmente también con el nombre de “pactos de sumisión de fuero” y pueden ser definidos como aquellos acuerdos entre personas privadas sobre las que se cierne un conflicto susceptible de ser enjuiciado por los órganos del orden civil, por medio de los cuales, y bien por una manifestación expresa de ambos, o bien por un comportamiento tácito de cada uno de ellos, pactan la designación de un órgano judicial de un determinado territorio para que sea éste, y no aquel otro que resulte de la aplicación de los fueros generales dispositivos de determinación de la competencia territorial establecidos en las leyes, quien se encargue de dirimir dicho conflicto.

Sin embargo, desde hace tiempo existe una tendencia legislativa a proscribir la sumisión, llegando a establecerse tantas excepciones al carácter dispositivo, que ya puede cuestionarse que este sea la regla general.

Pues bien, ciñéndonos ya al objeto de nuestro estudio, el apartado segundo del art. 54 de la LEC consagra un supuesto legal de exclusión de la sumisión expresa al impedir la eficacia de las cláusulas de tal naturaleza insertas en los contratos celebrados con consumidores y usuarios. En realidad, se positiviza lo que ya la jurisprudencia había asumido. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante una época sostuvo la literalidad de las cláusulas de sumisión expresa, formalmente establecidas en los contratos de adhesión ⁽¹⁵²⁶⁾. Sin embargo, en virtud de la legislación tanto interna (por ejemplo, el art. 10 de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984), como comunitaria [Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993 ⁽¹⁵²⁷⁾], que se promulgó sobre esta materia, surgió una nueva orientación jurisprudencial según la cual, las cláusulas que unilateralmente se hacían figurar en los contratos de adhesión, y en las que los consumidores no habían intervenido directamente en su redacción y establecimiento, ni en la mayoría de los casos tampoco se les había permitido su modificación, debían entenderse notoriamente abusivas para sus intereses, y en consecuencia, vulneradoras tanto del art. 10 de la Ley protectora de los consumidores como de la Directiva comunitaria ⁽¹⁵²⁸⁾.

La LEC recogiendo esta doctrina jurisprudencial, no permite que tengan validez tales cláusulas de sumisión expresa. Y adviértase, que la falta de validez no está supeditada a ningún otro requisito y en consecuencia, aunque la cláusula de sumisión expresa, que constituye una declaración de voluntad extraprocesal de las partes, haya sido configurada correctamente, no tiene ninguna validez.

Conviene tener en cuenta que la Ley lo que no ha excluido es la posibilidad de someterse tácitamente a los tribunales de la circunscripción designados por el demandante, en relación con los asuntos litigiosos que pudieran derivarse de estos contratos ⁽¹⁵²⁹⁾.

1526 Entre otras, SSTS de 31 de mayo de 1991, 18 de junio de 1992 y 22 de julio de 1992.

1527 En concreto, el art. 3 de la Directiva establecía: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente, cuando haya sido redactada previamente, y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido...”.

1528 Entre otras, SSTS 21 de diciembre de 2001, 12 de mayo de 2000, 13 de octubre de 1999 ó 1 de febrero de 1997.

1529 Cerdón Moreno, F., y otros: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi. Navarra, 2001, Tomo I, p. 430.

No obstante, la protección podría ser mayor. Nos explicamos, la ineficacia de las cláusulas de sumisión expresa hace que entren en juego los fueros generales y con ello, por ejemplo, el domicilio de las personas físicas o jurídicas. En este supuesto, el consumidor demandante se ve obligado a plantear en litigio en el territorio en el que los demandados tengan su domicilio, y ello puede ser extraordinariamente gravoso. Si queremos dar un paso más en la tutela procesal de los consumidores y usuarios debiéramos adoptar con carácter general un fuero legal imperativo al modo que lo hace la Ley 50/80, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, cuando en su art. 24 dispone que *“Será juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrario”*. Esta Ley no impide literalmente con carácter general los pactos de sumisión expresa, mas sólo admite aquellos en los que el fuero convenido sea el domicilio del asegurado, que fija como imperativo, resultando mucho más beneficiosa para los asegurados que una prohibición general de sumisión expresa. En realidad, el fuero imperativo hace superfluo el pacto, pues o bien se adapta al mismo, o bien es nulo. Por otro lado, al ser un fuero imperativo controlable de oficio impide la sumisión tácita del consumidor o usuario.

Por último, nos encontramos con una grave antinomia entre el art. 54.2 de la LEC objeto de comentario y la dicción del nuevo art. 90 del TRLGDCU cuando establece: *“Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable. Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble.*

Este precepto sí admite las cláusulas de sumisión con lo cual deroga la prohibición general del art. 54.2 de la LEC – la ley posterior deroga la ley anterior, art. 2.2 del Código Civil español –. Ciertamente, no es una admisión incondicionada, sino que la limita a que el fuero convenido sea, bien el domicilio del consumidor, el lugar de cumplimiento de la obligación o el lugar en que se encuentre el bien inmueble, pero entra en abierta contradicción con el artículo de la LEC. El art. 90 TRLGDCU es menos tuitivo que el art. 24 de la LCS pues abarca un mayor margen de contenido, ya que no sólo se puede convenir el domicilio del consumidor y usuario, sino también el lugar de cumplimiento de la obligación, que no tiene porque coincidir con el domicilio del consumidor o el lugar en que se encuentre el bien inmueble, que, obviamente también puede ser diverso al domicilio. Por otro lado, esta prohibición lo es para la sumisión expresa, con lo cual todavía tiene juego la disponibilidad de fuero por la vía de la sumisión tácita. Y por último, si no existen pactos de sumisión expresa, rigen los fueros generales que, como hemos visto, pueden ser hartos gravosos para los consumidores y usuarios.

Sorprende, y mucho, que la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial mantenga incólume la redacción del art. 54.2 LEC, que reiteramos ha de entenderse derogado en lo que atañe a consumidores y usuarios.

f.– Diligencias preliminares de determinación de los consumidores perjudicados.

A las diligencias preliminares de determinación de los consumidores perjudicados se refiere el artículo 256.1.6º LEC, en los siguientes términos:

“Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud.

1. Todo juicio podrá prepararse:

6º Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.”

Los artículos 256 a 263 de la LEC abordan la regulación de las diligencias preliminares. Se trata de diligencias de diversa índole que puede adoptar la autoridad judicial antes de la incoación del proceso, y a instancia de la parte interesada que, en su momento, pretenda interponer la demanda en relación con una controversia concreta y determinada, con la finalidad de que el solicitante de las mismas tenga acceso a una serie de datos que le resulte imprescindible conocer para preparar debidamente el futuro proceso, tanto en lo relativo a su objeto como en lo referente a la legitimación.

Con la pretensión de delimitar los perjudicados por el producto dañoso o la prestación del servicio, la propia LEC brinda a las asociaciones de consumidores y usuarios y a los grupos de afectados un mecanismo procesal para individualizar a estos últimos, cual es el de las diligencias preliminares preparatorias del juicio.

El apartado 6 del art. 256.1 LEC incorpora un novedoso supuesto de diligencia preliminar, autorizando a quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los *intereses colectivos* de consumidores y usuarios para que solicite ciertas diligencias al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. En estos casos, previa la correspondiente instancia de parte, el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluido el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

Estas diligencias carecen de sentido en el supuesto de que se trate de la protección de *intereses difusos*, dada la imposibilidad o elevada dificultad de individualizar los concretos consumidores lesionados en sus personas o bienes, que conllevaría la inutilidad de dichas diligencias, lo que condujo al legislador español a negar que pudieran instarse, de concurrir tales circunstancias. La dicción del art. 256.6 de la LEC es clara al respecto, limitando la procedencia al objeto de concretar a los integrantes del grupo que *sean fácilmente determinables* ⁽¹⁵³⁰⁾ y al referirse expresamente a la defensa de los *intereses colectivos*.

No obstante, como señala Díez Picazo ⁽¹⁵³¹⁾, servirán, en ocasiones, para comprobar si efectivamente nos hallamos ante intereses colectivos, como pensaba el promotor de las diligencias, o difusos, como resulta de su práctica.

En opinión de Bellido Penadés, la finalidad última de esta diligencia preliminar reside en facilitar a cualquier entidad legitimada con base en el art. 11.2 de la LEC el cumplimiento de la carga legalmente impuesta por el art. 15.2 LEC (comunicar previamente a los perjudicados la intención de presentar la demanda) antes de presentar una demanda para la defensa de intereses colectivos. Según el último precepto indicado, cuando los perjudicados por el hecho dañoso estén determinados o sean fácilmente determinables, el demandante debe haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. Si los consumidores están determinados, el legitimado activamente puede cumplir por sí mismo dicha carga. Pero, cuando sólo sean fácilmente determinables el reconocimiento efectivo de la legitimación activa pasa porque el legitimado pueda obtener mediante el auxilio judicial la información precisa para cumplir la carga impuesta ⁽¹⁵³²⁾. En realidad, entendemos que la legitimación activa no depende de este requisito, pues la misma la otorga el propio art. 11.2 de la LEC a los sujetos que detalla, sino que la necesidad de haber comunicado la intención de presentación de la demanda afecta a un presupuesto de admisibilidad de la demanda.

Esta diligencia no tiene carácter obligatorio, sino que es un instrumento que se brinda a la parte actora, la cual goza de la posibilidad de acreditar la identidad de los afectados a través de otros elementos de prueba. Se configuran, pues, como previas a la presentación de la demanda y voluntarias

1530 Seoane Spiegelberg, J.L.: op. cit., p. 122.

1531 Díez Picazo Giménez, I.: “Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración”, p. 231.

1532 Bellido Penadés, R., y otros: “Proceso Civil Práctico”, edit. La Ley. Madrid, 2002, p. 850.

en su promoción, sin que existan en la LEC mecanismos de coerción que exijan, bajo sanción jurídica, acudir preceptivamente a las mismas.

La ley se limita a mencionar, con evidente carácter enunciativo, sólo una de las posibles diligencias que pueden solicitarse y acordarse: el requerimiento al “demandado” (mejor futuro demandado) para que coopere en la determinación de los afectados; lo que podrá tener lugar bien a través sólo del interrogatorio o mediante la exhibición de los documentos o títulos de que pueda disponer al respecto. Este requerimiento adquiere especial importancia en esta clase de procesos, por ejemplo, requiriendo a la entidad bancaria contra la que vaya a interponerse la correspondiente acción la lista de sus clientes que han suscrito el crédito, que se considera contrario a la legalidad; o solicitando a agencias de viajes las listas de viajeros afectados (de enorme actualidad en el caso Air Comet y antes en el caso Air Madrid), o en fin para la aportación de la lista de adquirentes del producto alimenticio causante de enfermedades.

g.– La sentencia dictada en los procedimientos instados por las asociaciones de consumidores y usuarios.

“Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el art. 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1ª Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2ª Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3ª Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.”

Carecería de sentido el reconocimiento y viabilidad legal del ejercicio de las acciones en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios, si no se previese la extensión de los pronunciamientos de la sentencia a los concretos perjudicados o afectados por el producto defectuoso o la prestación del servicio lesivo, que no se hubieran personado en el procedimiento, defendiendo la pretensión ejercitada en la demanda e individualizándola con respecto al concreto daño y perjuicio sufrido. Precisamente la esencia de las acciones de tal naturaleza radica en la atribución de la legitimación a determinadas entidades legalmente habilitadas para la defensa de los intereses colectivos y difusos de aquéllos, obviando la intervención necesaria de los afectados (¹⁵³³).

1533 Seoane Spiegelberg: *op. cit.*, pp. 131-132.

Esta suerte de legitimación extraordinaria, en cuanto se acciona, en condición de parte procesal, por derechos ajenos, en virtud de expresa atribución legal, y sin requerir que los afectados sean afiliados de la asociación, y tanto tratándose de intereses colectivos como difusos, tiene su traducción, en cuanto a la eficacia de la sentencia que ponga fin al proceso promovido, en el art. 221 de la LEC (1534).

Según Seoane Spiegelberg (1535) y al abordar el ámbito de aplicación de este último precepto es preciso responder a dos interrogantes que plantea su aplicación, en primer lugar, a qué clase de acciones de las que pueden ejercitar las asociaciones de consumidores y usuarios se refiere, y en segundo lugar, si el mentado precepto comprende o no, dentro de su esfera normativa, a las demandas en defensa de intereses colectivos promovidas por las otras entidades o grupos de afectados legitimadas para ello conforme al art. 11 de la LEC.

Con respecto a la primera de ellas, y como ya hemos expuesto, a las asociaciones de consumidores y usuarios les atribuye la ley una triple legitimación, en cuanto se les habilita para accionar en defensa de sus propios intereses como tal persona jurídica, lo que conforma un típico supuesto de legitimación ordinaria; en segundo término, en defensa de los intereses de sus propios asociados, lo que puede calificarse como un caso de legitimación representativa, y por último, en defensa, ya no sólo de sus propios afiliados, sino de los intereses generales de los consumidores y usuarios concretamente afectados por un producto o servicio.

Pues bien, de estos tres supuestos de legitimación ha de afirmarse que los dos primeros no plantean excesivos problemas, hallándose regulados por el régimen ordinario de la LEC, en cuanto a la eficacia de la sentencia dictada que ponga fin al proceso, que queda circunscrita a la propia asociación accionante, al ser sus específicos y particulares intereses lesionados lo que se actúan en el proceso, y, en virtud del fenómeno de la legitimación representativa a los asociados en beneficio de los cuales se formuló la correspondiente demanda. Es por ello, que el art. 221 comienza su dicción normativa con la expresión *sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores*, queriendo hacer ver que tales demandas no están sujetas al régimen de las reglas contempladas en dicho precepto, ideadas para el supuesto de demandas promovidas en defensa de intereses colectivos y difusos, que son, por las particularidades que presentan, las que requieren de la correspondiente y específica regulación jurídica.

Por otro lado, desde el punto de vista subjetivo, se plantea igualmente la cuestión de si el art. 221 de la LEC está limitado a las demandas promovidas por las asociaciones de consumidores y usuarios, problemática que se suscita porque en los casos de acciones colectivas, la legitimación de aquéllas está compartida con las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores, así como a los propios grupos de afectados.

La posición de la doctrina no es unánime, existiendo dos posturas perfectamente definidas. Una de ellas, con base en el tenor literal del art. 221, que sólo se refiere a las asociaciones de consumidores y usuarios, así como el rótulo del precepto, que reza bajo el lema *sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios*, llega a la conclusión de que su régimen normativo sólo comprende a las demandas promovidas por dichas personas jurídicas.

Por el contrario, otra línea doctrinal, interpretando dicho precepto conjuntamente con el art. 11, que establece una legitimación plural compartida, analizando sus antecedentes legislativos, de los que resulta que la omisión expresa de las otras entidades en la proposición normativa del citado art. 221, se debe a que la atribución de legitimación a estas últimas fue ulterior en el iter parlamentario (1536), sin que viniese acompañada de la correspondiente reforma de dicho artículo, considerar pro-

1534 Seoane Spiegelberg: *op. cit.*, pp. 132.

1535 Seoane Spiegelberg: *op. cit.*, pp. 132 a 134.

1536 Garnica Martín, J.F.: “Comentarios a la nueva LEC”, año 2000, p. 858, en la que señala “la razón por la cual se ha producido esta errónea referencia, debe encontrarse en el accidentado trámite parlamentario que sufrió esta ma-

cedente hacer extensivo su régimen jurídico a las acciones promovidas por otros entes legitimados (¹⁵³⁷). No obstante, existen opiniones contrarias que limitan su ámbito de aplicación a las referidas asociaciones (¹⁵³⁸).

El art. 221 se refiere tanto a los casos en los que se hubiera ejercitado una acción en defensa de intereses colectivos como difusos.

A los efectos de determinar el contenido de la sentencia, y los pronunciamientos exigidos al Juez, el legislador introduce tres reglas específicas con relación a la sentencia dictada en este tipo de procesos:

a) Si la sentencia es estimatoria de la demanda y declara la condena del demandado, habrá de determinar individualmente los consumidores y usuarios que han de entenderse beneficiados por la condena; y si no fuera posible su determinación individual, establecerá los datos, características y requisitos necesarios para beneficiarse de ella (exigiendo el pago e instando la ejecución forzosa, en su caso, o interviniendo en ella).

El primer párrafo de la regla primera del art. 221.1 LEC (*la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena*) está pensando en el caso del ejercicio de acciones colectivas, en las que los consumidores y usuarios afectados están perfectamente determinados o son de fácil determinación. En estos supuestos los perjudicados habrán de constar en las listas que a tales efectos presenten las entidades demandantes o las que resulten de las diligencias preliminares, por lo que, en principio, no será difícil al juez señalar en el fallo de la sentencia, los concretos consumidores a los que la misma afecte.

Ahora bien, conforme al párrafo segundo de la regla primera del art. 221.1 “*cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante*”; es decir, en el supuesto de que la asociación de consumidores y usuarios ejerza la acción en defensa de *intereses difusos*, la indeterminación exacta de los perjudicados impedirá al juez realizar su concreta individualización en la parte dispositiva de la sentencia, sin perjuicio, claro está, que así lo haga con respecto a los afectados debidamente identificados en el proceso, en cuyo caso fijará, con respecto a los que no lo estén lo que denomina Cabañas García (¹⁵³⁹) el “retrato robot” de los consumidores lesionados en sus bienes y derechos, a los efectos de que se puedan integrar en la vía ejecutiva con base en el art. 519 de la LEC.

Estamos en presencia de lo que una sentencia *abierta*, que necesita de una actividad declarativa de integración, contradictoria, que se llevará a cabo ante el tribunal competente para la ejecución mediante un incidente declarativo en el que, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, resolverá si, según los datos, requisitos y características establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con el testimonio de la resolución que pone fin al incidente, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución (art. 519 LEC). Se trata de

teria. En el proyecto no se preveía que los grupos de afectados tuvieran legitimación para el ejercicio de la acción, restringiéndose la misma a las asociaciones de consumidores; lo que ha debido ocurrir es que se modificó el art. 11 y no se adecuaron a la nueva concepción el 221 y 519, de lo que saca la conclusión que hay que sentar que la omisión de los grupos de afectados del art. 221 y también del art. 519, es un olvido injustificado que deberá ser suplido por el cauce de una interpretación amplia de la norma.

1537 En este último sentido se expresan Garnica Martín, J.F.: *op. cit.*, p. 856. Calderón Cuadrado, M^a P. y Andrés Ciurana, B.: “La sentencia dictada en procedimientos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios”, pp. 367 y ss. González Cano, I.: “La tutela colectiva de Consumidores y Usuarios en el proceso civil”, pp. 238 y ss. Cabañas García, J.C.: “Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos”, año 2005, p. 251.

1538 Díez-Picazo Giménez: *op. cit.*, p.599.

1539 Cabañas García: *op. cit.*, p. 250.

una especie de “incidente de liquidación”, previo a la plena eficacia del título ejecutivo, puesto que dicho título debe integrarse una vez declarado que concurren en el solicitante los requisitos exigidos por la sentencia para resultar beneficiado por la condena genérica ⁽¹⁵⁴⁰⁾.

Sin embargo, en el caso de acciones en defensa de *intereses colectivos*, aun cuando en principio los consumidores estarán determinados o serán de fácil determinación, no cabe cerrar la posibilidad de la existencia de otros, de los que no se tenga constancia, y los que la publicidad del art. 15.1 no sea bastante como instrumento de conocimiento del proceso, por lo que no habría tampoco inconveniente para que se fijarán con relación a éstos los datos, características y requisitos necesarios para poder integrarse en el proceso de ejecución ⁽¹⁵⁴¹⁾.

b) Si la sentencia es de *declaración* (de ilicitud de una determinada actividad o conducta), habrá de determinar si esa declaración ha de surtir efectos *erga omnes*, esto es, no limitados *inter partes*.

Esta regla hace referencia así a los efectos *ultra partes* que la sentencia de declaración de ilicitud de una determinada actividad o conducta habrá de producir, de tal modo que deberá fijar el ámbito de los sujetos que se van a ver afectados por tal declaración, hayan sido parte o no en el proceso, y de acuerdo con la regulación sustantiva en esta materia. Es éste un supuesto en el que al declararse ilícita una actividad por la resolución que pone fin al proceso, tal resolución define un estado o situación jurídica que indudablemente ha de repercutir directamente sobre una pluralidad de sujetos, interesados en esa declaración de ilicitud. La declaración judicial de que esa concreta actividad es contraria a lo jurídico, se proyectará necesariamente sobre todos esos sujetos, trascendiendo más allá de los estrictos límites subjetivos de quienes hayan efectivamente participado en el proceso.

Los presupuestos a los que la LEC condiciona la aplicación de dicha norma son los siguientes:

1º. Que nos encontremos ante el ejercicio de una acción declarativa.

2º. Que la mentada acción sea prejudicial de otra de condena, o bien pronunciamiento principal o único.

3º. Que la misma verse sobre la declaración de ilicitud o no conformidad a la ley de una determinada actividad o conducta.

4º. Que la fuerza expansiva de la sentencia a terceros no litigantes encuentre base normativa en la legislación sustantiva o material protectora de consumidores y usuarios.

Si concurren dichos requisitos, el juez ha de determinar el alcance de la sentencia, esto es, si con arreglo a la legislación de protección de los consumidores y usuarios, a la que expresamente remite la norma, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

El precepto plantea la cuestión de si se está refiriendo a la extensión de los efectos de la sentencia al lado activo de los consumidores o al pasivo de otras empresas, no demandadas, que realicen la misma conducta o actividad que la judicialmente interpelada.

Según Seoane Spiegelberg, carecería de sentido dicha regla del art. 221, si sólo regulara la extensión de los efectos de la sentencia a los consumidores afectados no litigantes, ni personados en el procedimiento, pues ésta es ya la consecuencia inherente a toda acción colectiva, sosteniendo por ello que dicho precepto se refiere a la posibilidad de extensión de los pronunciamientos de la sentencia judicial a otras empresas o entidades no interpeladas expresamente en la demanda ⁽¹⁵⁴²⁾.

La interpretación de dicho apartado del art. 221, ha planteado una viva polémica con divergentes posiciones, que van desde las que consideran que es factible que el juez declare que la sentencia

1540 Cerdón Moreno, F., y otros: *op. cit.*, Tomo I, p. 809.

1541 Seoane Spiegelberg: *op. cit.* p. 136.

1542 Seoane Spiegelberg: *op. cit.* p. 139.

afecte a empresas o entidades no demandadas, que se dediquen a la misma actividad declarada ilícita o contraria a la ley, a las que tajantemente niegan dicha posibilidad, pasando por posiciones intermedias con distintos matices.

La posición negativa es defendida por Calderón Cuadrado y Andrés Ciurana ⁽¹⁵⁴³⁾, Moreno Catena, Guzmán Fluja y Flores Prada ⁽¹⁵⁴⁴⁾, Samanes Ara ⁽¹⁵⁴⁵⁾ o González Cano ⁽¹⁵⁴⁶⁾.

La tesis positiva la mantienen Garnica ⁽¹⁵⁴⁷⁾ y Cabañas García ⁽¹⁵⁴⁸⁾ que sostiene que se trataría de un régimen de eficacia similar al que se predica, en el contencioso-administrativo, para las sentencias estimatorias de anulación de disposiciones generales y actos.

El art. 221.1.1.3^a establece, dada la exigencia legal de exhaustividad y congruencia de la sentencia, que la misma se pronuncie expresamente sobre las pretensiones planteadas por los consumidores y usuarios.

Por último, el art. 221.2 determina que *en las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.*

Este apartado 2 del art. 221 es añadido por el art. 1 quinto de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. Este precepto se refiere exclusivamente al caso de las acciones de cesación.

La declaración rectificadora a la que alude está condicionada a que los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo. Su ámbito de aplicación parece restringido a aquellos supuestos en que la actividad ilícita haya consistido en difundir, de manera directa o indirecta, una información lesiva de los derechos de los consumidores ⁽¹⁵⁴⁹⁾. A través de la condena a rectificar se pretende que la entidad condenada realice una manifestación pública a través de la cual aclare, enmiende o puntualice una anterior información suya no conforme a derecho ⁽¹⁵⁵⁰⁾.

h.– La cosa juzgada material.

La cosa juzgada material se encuentra regulada en el art. 222.3 LEC:

Art. 22. “Cosa juzgada material.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de esta Ley.

Por cosa juzgada en sentido material se entiende la vinculación que la sentencia de fondo firme produce respecto a los procesos futuros prohibiendo volver a enjuiciar la pretensión estimada o desestimada en un anterior proceso.

El fundamento de la cosa juzgada material es consustancial a la propia naturaleza de la jurisdicción, y, con ella, del propio proceso. La potestad de juzgar, titularidad exclusiva de jueces y ma-

1543 Calderón Cuadrado y Andrés Ciurana: *op. cit.* p. 397.

1544 Moreno Catena, Guzmán Fluja y Flores Prada: *Informe sobre la situación de la protección procesal de los consumidores y usuarios en España. Junta de Andalucía*, 1999, pp. 46 a 81.

1545 Samanes Ara, C.: “*Las partes en el proceso civil*”, La ley, 2000, p. 96.

1546 González Cano, I.: *op. cit.* pp. 250 y 251.

1547 Garnica: *op. cit.* p. 860.

1548 Cabañas García: *op. cit.*, pp. 253 y ss.

1549 Calderón Cuadrado y Andrés Ciurana: *op. cit.* p. 401.

1550 Seoane Spiegelberg: *op. cit.* p. 145.

gistrados, perdería su efectividad si las partes pudieran volver a pretender, y los tribunales pudieran volver a decidir, sobre un asunto que ya ha sido juzgado en un proceso finalizado por una sentencia frente a la que no cabe recurso alguno.

Conforme al art. 222.3 de la LEC *la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de esta ley.*

A través de este precepto, en los juicios promovidos en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, ya sean éstos colectivos o difusos, la sentencia afectará incluso a los consumidores que no hubieran participado o intervenido personalmente en el proceso, en virtud de la fuerza expansiva que se otorga a estas sentencias, precisamente basada en la atribución de legitimación a distintos entes a los que legalmente se les confiere la defensa en juicio de aquéllos.

Frente a la regla *res iudicata inter partes*, manifestación a su vez del principio de audiencia, que proscribía que se pueda hacer valer una sentencia contra quien no fue parte en el proceso, la LEC establece excepciones a dicho principio, entre otros, en el art. 222.3 y, en lo que al caso interesa, en los procesos de consumo.

La referencia expresa al art. 11 determina que el art. 222.3 se está refiriendo a la extensión subjetiva de la cosa juzgada, por ministerio de la ley, y no por decisión judicial, a los consumidores y usuarios en acciones en defensa de sus intereses generales, ya sean colectivos o difusos, en procesos promovidos por las asociaciones, entidades y grupos de afectados expresamente legitimados para promoverlas. No sería pues de aplicación dicha norma en el caso de que se tratase del ejercicio de acciones por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios en representación de sus afiliados o en los supuestos en los que defiendan intereses legítimos exclusivos como tales personas jurídicas, en los que operaría plenamente la norma *res iudicata inter partes* ⁽¹⁵⁵¹⁾.

Supuesto el alcance de la sentencia a consumidores y usuarios que no hubieran participado en el proceso, el problema más importante que plantea dicho precepto es si su eficacia será exclusivamente *secundum eventum litis* ⁽¹⁵⁵²⁾, de modo tal que sólo afectará a los terceros no litigantes en el caso de pronunciamientos favorables, pero no cuando sean contrarios a sus intereses, o si tal vinculación existirá tanto cuando se estime como se desestime a través de un pronunciamiento judicial firme la pretensión ejercitada en la demanda. Para Seoane Spiegelberg no cabe excepcionar la regla general de extensión de la cosa juzgada, tanto a los pronunciamientos favorables como a los perjudiciales, para limitarlos en esta clase de acciones únicamente a los primeros, amén de la inexistencia de una disposición normativa que así expresamente lo establezca ⁽¹⁵⁵³⁾.

Ahora bien, la fuerza extensiva de la cosa juzgada a los no litigantes, regulada en los principios recogidos en las reglas romanas “*res iudicata inter partes, res inter alios acta aliis no nocet*”, es necesario conjugarla con los constitucionales de audiencia y contradicción del art. 24 de la Constitución Española, que proscribía la indefensión en toda clase de procesos, por lo que la eficacia de la sentencia deberá hacerse depender, contra las partes ausentes, de las posibilidades que le brinda el ordenamiento jurídico de participar en el proceso. El respecto al principio de audiencia sin indefensión vendría en este sentido preservado por la publicidad del proceso prevista en el art. 15.1 de la LEC, que adquiere su máxima expresión en el supuesto de las acciones colectivas, cuya correcta formalización jurídica requiere, además, haber comunicado previamente la presentación de la demanda a los

1551 Seoane Spiegelberg: *op. cit.* p. 146.

1552 Tesis defendida por Gutiérrez de Cabiedes: “*La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*”, año 1999, pp. 427 y ss. Bujosa Vadell: “*La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*”, año 1995, pp. 1141 y ss. Silguero Stagnan: “*La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*”, año 1995, p. 342.

1553 Seoane Spiegelberg: *op. cit.*, p. 148. Defienden también esta tesis, Calderón Cuadrado y Andrés Ciurana: *op. cit.*, pp. 409 y ss; González Cano: *op. cit.*, pp. 254 y ss; Garnica: *op. cit.*, p. 861; y Cabañas García: *op. cit.*, p. 250.

interesados (art. 15.2), lo que garantiza el conocimiento del proceso por los consumidores y usuarios afectados y determinados o de fácil determinación, que luego no podrán alegar que la sentencia es una *res inter alio parte*, y de ahí la importancia de que tales requisitos sean observados⁽¹⁵⁵⁴⁾.

i.- Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de beneficiarios.

Artículo 519. “Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en la sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados.

Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del art. 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución”.

Moreno Catena explica que el art. 519 de la LEC, de acuerdo con el art. 221.1.1ª concreta el mecanismo de la intervención en la ejecución forzosa de sentencia de condena en caso de indeterminación (total o parcial) de consumidores o usuarios individuales afectados⁽¹⁵⁵⁵⁾.

Para la aplicación de esta novedosa acción ejecutiva se requieren los siguientes presupuestos:

1º. Es preciso que la demanda inicial se haya interpuesto por entidades activamente legitimadas conforme a lo dispuesto en el art. 11 de la LEC.

2º. Tienen que reunirse los presupuestos del art. 221 LEC y, en particular, que en la demanda inicial se haya pretendido *una condena dineraria, de hacer, de no hacer, o de dar cosa específica o genérica*.

3º. La sentencia recaída en el procedimiento determinará los consumidores y usuarios individuales beneficiados por la condena y sólo en el caso de que no haya sido posible tal determinación, es cuando será de aplicación el art. 519 de la LEC, pero siempre que en la sentencia se hayan establecido *los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago*.

Partiendo de estos presupuestos para el ejercicio de la acción ejecutiva del consumidor, que tiene su fundamento en la idea de que la legitimación procesal puede ser colectiva o grupal, pero que el interés del proceso es individual del beneficiario, el art. 519 LEC configura un título formal de ejecución derivado de la existencia de una sentencia en la que se reconocen derechos genéricos a los consumidores y usuarios por no haber sido posible su determinación individual. Se establece así un mecanismo para extender el beneficio de una sentencia de condena a aquellos consumidores o usuarios que, siendo beneficiados de esta sentencia, sin embargo, no pudieron ser expresamente individualizados.

El primer problema que plantea dicho precepto es el de la determinación de su ámbito de aplicación. No ofrece duda que no está pensado para los supuestos en los que una asociación de consumidores y usuarios accione con base en el art. 11.1 de la LEC en defensa de sus propios intereses o en provecho de los correspondientes a sus asociados, pues, en cualquiera de ambos casos queda perfectamente delimitada en la sentencia el círculo de los beneficiados por la condena. No es este, pues, el caso en el que ha pensado el legislador al redactar el art. 519 de la LEC.

El marco subjetivo de operatividad de dicha norma está pensado para supuestos de imposibilidad de determinación individual de los consumidores y usuarios afectados por el producto defectuoso o la prestación del servicio, lo que acontecerá en el caso de ejercicio de acciones en defensa de sus

1554 Seoane Spiegelberg: *op. cit.* pp. 148 y 149.

1555 Moreno Catena: “*La ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Tomo IV, año 2000, p. 53.

intereses generales. Ahora bien, éstos tanto pueden ser colectivos como difusos, por lo que surge la problemática de si sólo es aplicable cuando se trate del ejercicio judicial de pretensiones en defensa de estos últimos.

Cuando estamos en presencia de acciones colectivas, como quiera que las mismas proceden cuando los consumidores están determinados o son de fácil determinación, el juez ha de precisar en el fallo de la sentencia a qué concretos perjudicados afecta la misma, individualizándolos con sus datos personales, por lo que carecería de sentido la previsión normativa de un incidente en ejecución con la finalidad de determinar la condición de beneficiario, que expresamente reconoce la sentencia judicial, por las exigencias impuestas por el art. 221.1.1ª de la LEC, esto es, el art. 519 de la LEC únicamente tendría su razón de ser ante el ejercicio de acciones en defensa de intereses difusos.

Ahora bien, como afirma Seoane Spiegelberg ⁽¹⁵⁵⁶⁾, las cosas no son tan sencillas, pues incluso en los supuestos del ejercicio de acciones de tal clase, es perfectamente factible que aparezcan consumidores y usuarios con respecto a los que no constara inicialmente la condición de perjudicados, y a los que, en consecuencia, no se les pudo practicar personalmente la comunicación previa de la presentación de la demanda, que exige el art. 15.2. Es por ello, que el legislador previó una publicidad adicional, en el numeral 1 de dicho precepto, con la finalidad de que consumidores desconocidos pudieran tomar conocimiento del proceso e intervenir en él en defensa de sus derechos e intereses individuales. Para abordar tal situación habría de admitirse la compatibilidad, en estos concretos casos, entre el ejercicio de una acción colectiva y la promoción del incidente del art. 519 LEC, para integrarse en el fallo otros consumidores, amén de los que ya han sido individualizados.

No obstante parte de la doctrina circunscribe la aplicación del art. 519 de la LE al ejercicio de acciones en defensa de intereses difusos y no colectivos ⁽¹⁵⁵⁷⁾.

Lo que no plantea cuestión es que el art. 519 está ideado expresamente para los casos de imposibilidad material de determinación individualizada de los consumidores y usuarios perjudicados, es decir, para los procesos instados en defensa de intereses difusos (art. 11.3 LEC), en los que el fallo judicial contendrá los *datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante* (art. 221.1.1ª. II). La prueba de gozar de la condición de beneficiario de la condena es la que se llevará a cabo a través del incidente contemplado en el aludido art. 519 LEC.

El procedimiento previsto en el art. 519 LEC se configura como un incidente declarativo en fase de ejecución de sentencia, con la concreta finalidad de determinar, bajo el principio de contradicción, la condición de beneficiario de quien pretende incluirse como perjudicado por el hecho dañoso objeto del proceso y como acreedor del pronunciamiento condenatorio de la resolución judicial que le puso fin.

El juez competente para conocer de este incidente es el que ha dictado la sentencia y que fijó los datos para la individualización de los consumidores afectados.

El procedimiento ha de iniciarse con una petición del perjudicado, a la que aportará los medios de prueba a su disposición, con el fin de que se le reconozca la condición de sujeto beneficiario del pronunciamiento condenatorio de la sentencia. De dicha pretensión se dará traslado a la parte condenada para que pueda oponerse a la misma.

Conviene precisar que no será objeto de discusión en el incidente la responsabilidad del demandado, ni la relación de causalidad, cuestiones ya juzgadas en resolución firme, sino simplemente si el consumidor reúne los requisitos precisados en la parte dispositiva de la sentencia para integrarse válidamente en el proceso de ejecución, incluso habrá de examinarse si concurre en el solicitante la propia condición de consumidor o usuario.

1556 Seoane Spiegelberg: *op. cit.*, p.153.

1557 Torres Fernández de Sevilla, J.Mª: “*Los procesos civiles*”, edit. Bosch, año 1001, Tomo 4, p. 192.

j.– Otras cuestiones procesales relativas a consumidores y usuarios.

j.1.– Acumulación de procesos.

Artículo 78. Improcedencia de la acumulación de procesos. Excepciones.

1. No procederá la acumulación de procesos cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia.

2. Tampoco procederá la acumulación de procesos cuando no se justifique que, con la primera demanda o, en su caso, con la ampliación de ésta o con la reconvencción, no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretenda.

3. Si los procesos cuya acumulación se pretenda fueren promovidos por el mismo demandante o por demandado reconviniente, solo o en litisconsorcio, se entenderá, salvo justificación cumplida, que pudo promoverse un único proceso en los términos del apartado anterior y no procederá la acumulación.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los procesos, susceptibles de acumulación conforme a los, incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, cuando la diversidad de esos procesos, ya sean promovidos por las asociaciones, entidades o grupos legitimados o por consumidores o usuarios determinados, no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el art. 15 de esta Ley.

En tales casos, se decretará la acumulación de procesos, incluso de oficio, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Constituye la acumulación de autos o procesos un instrumento procesal por medio del cual las partes de un determinado proceso civil, una vez iniciado el mismo, solicitan del órgano judicial la acumulación de otro y otros procesos que también se encuentran pendientes ante el mismo o ante diferente órgano judicial, determinando de este modo que las pretensiones deducidas en todos esos procedimientos sean enjuiciadas y resueltas en un único proceso, al que se acumulan todos los demás.

La acumulación de procesos se encuentra subordinada a la observancia de diversos presupuestos procesales, y entre ellos, los que se refieren en los apartados 1 y 2 del artículo objeto de comentario, a saber : a) Cuando el riesgo de sentencias contradictorias, incompatibles o mutuamente excluyentes se pueda evitar mediante la excepción de litispendencia y b) Cuando se justifique que con la primera demanda o, en su caso, con la ampliación de ésta o con la reconvencción, no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en procesos distintos, cuya acumulación se pretende.

Ahora bien, estas excepciones no se aplican, es decir, se hace excepción de la excepción, si se ejercitan pretensiones que versen sobre la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios, cuando la diversidad de esos procesos, ya se promuevan por asociaciones, entidades o grupos de afectados o consumidores o usuarios determinados, no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el art. 15. Es más, se añade la especialidad de que la acumulación se decretará incluso *de oficio*, apartándose así de la regla general de la necesidad de instancia de parte.

j.2.– Cuantía de las multas coercitivas.

Artículo 711. Cuantía de las multas coercitivas.

1. Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores, el Tribunal, mediante providencia, tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo

establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.

Las multas mensuales podrán ascender a un 20 por ciento del precio o valor y la multa única al 50 por ciento de dicho precio o valor.

3. La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público.

Las multas coercitivas son un medio de ejecución previsto por las leyes y cuya función consiste en estimular el cumplimiento. La función de la multa coercitiva está ligada a las condenas de hacer infungible o personalísimo – la condena a realizar determinada conducta – y al complemento de las condenas de no hacer, en cuanto es necesario deshacer lo mal hecho por el ejecutado. Se trata de supuestos en los que la voluntad del ejecutado resulta un factor decisivo e insustituible, al menos en el primer supuesto. Es esta característica la que obliga a arbitrar algún sistema para “forzar” la voluntad del ejecutado si no se quiere que la condena se convierta inmediatamente en pecuniaria por la vía de la indemnización de los daños y perjuicios.

La especialidad en materia de consumidores y usuarios radica en que se prevén las consecuencias en la ejecución de la falta de cumplimiento voluntario del hacer personalísimo obligado a consecuencia de la sentencia estimatoria de las acciones de cesación, imponiéndose una multa que oscilará entre 600 y 60.000 € por día de retraso respecto del plazo establecido en la resolución judicial estimatoria, atendiéndose para su cuantificación a la naturaleza e importancia del daño producido y a la capacidad económica del condenado, e ingresándose su importe en el Tesoro Público.

j.3.– Caución en las medidas cautelares.

Artículo 728. (...) Caución.

3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 529.

En los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.

La LEC y en sede de medidas cautelares establece como regla general la constitución de caución por el solicitante de la medida, al tiempo que fija los criterios para determinar su cuantía y una regla sobre la forma de la caución. No parece necesario extenderse en la razón que justifica el establecimiento de este presupuesto : si el otorgamiento de la tutela cautelar se basa en un juicio indiciario que no prejuzga el contenido de la sentencia, es natural que el legislador disponga que el solicitante haya de adelantar una cantidad para satisfacer los daños o perjuicios causados al demandado en caso de alzamiento, modificación o sustitución de las medidas, de manera que se conjure el riesgo de insolvencia del solicitante, o, en todo caso, se facilite el rápido resarcimiento del demandado. La

necesidad de aportar dicha caución evita también solicitudes frívolas o poco consistentes, al implicar un sacrificio patrimonial para quien pide las medidas.

La prestación de caución se configura como un presupuesto necesario para la adopción de las medidas del que sólo un precepto legal puede disponer. Pues bien, en el último párrafo del apartado 3 del art. 728 se añade expresamente como supuesto, no de exclusión automática y en todo caso de la exigencia de caución como requisito para la adopción de medidas cautelares, sino como posibilidad de dispensa a criterio del Tribunal. Se refiere a los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. En la decisión a adoptar por el Tribunal se incluyen tres aspectos a considerar: las circunstancias del caso, la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.

2.- LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LEYES SUSTANTIVAS ESPECIALES.

a.- Introducción.

En esta parte del estudio analizaremos diversos aspectos procesales diseminados por la legislación sustantiva y en especial nos detendremos en el juego de la regla distributiva de la carga de la prueba.

Con carácter general es el art. 217 de la LEC ⁽¹⁵⁵⁸⁾ el que regula la carga de la prueba. Se recogen en tal precepto las pautas que vienen a indicar a quién hay que atribuir las consecuencias perjudiciales derivadas de la falta de acreditación de un hecho relevante para la resolución del litigio.

Con la expresión *carga de la prueba* se designan dos cuestiones distintas: por una parte quienes son los responsables de la prueba en el proceso civil (carga de la prueba en sentido formal); por otra, quienes han de soportar los perjuicios derivados de la falta de acreditación de un hecho, precisamente porque a la hora de resolver el pleito ese hecho permanece dudoso (carga de la prueba en sentido material).

1558 Artículo 217. Carga de la prueba.

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.
 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción.
 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.
 4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.
 5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.
- A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.
6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.
 7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

En el primero de los sentidos apuntados y en un sistema jurídico donde el proceso se enraíza en el principio dispositivo y su complementario de aportación de parte, son las partes las que tienen la carga de proponer las pruebas que desean se practiquen para el acreditar los hechos. Se trata de una carga para las partes porque el no atender la conducta prevista produce unas consecuencias desfavorables en el sujeto como consecuencia del no ejercicio de esa oportunidad procesal; o lo que es lo mismo, la amenaza para la parte de la desventaja procesal que la carga comporta. Son las partes (a las que corresponde la carga de la prueba) a quienes perjudica el que hechos relevantes para la resolución del litigio queden sin prueba; y son las reglas legales sobre la carga de la prueba las que dirán cuál de las partes deberá correr con esas consecuencias negativas derivadas de la desatención a la norma que impone tal carga. En este segundo sentido es al que se alude cuando nos referimos a la carga de la prueba en sentido material.

Si la grave consecuencia jurídica que la ley anuda a la desatención de las reglas sobre la carga de la prueba es la desestimar las pretensiones de la parte que no consiguió probar el hecho incierto, al legislador corresponde precisar tales reglas. Para ello los párrafos 2 y 3 del art. 217 distribuyen entre actor y demandado la carga de la prueba. Partiendo de los conocidos aforismos “*incumbit probatio ei qui dicit, no qui negat*” y “*onus probando incumbit actori, actore non probante reus, si nihil praestiterit, absolvit*”, la doctrina y la jurisprudencia ya venía, con anterioridad a la vigente LEC, estableciendo una distribución de la carga de la prueba según el genérico precepto legal que en el Código Civil se refería a la materia: el art. 1.214, según el cual, “*incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que se opond*”. Los números 2 y 3 del art. 217 positivizan aquella doctrina.

Así, se establece la regla general de que corresponde al actor (principal o reconviniente) la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado (principal o reconvenido) la de los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia de los hechos constitutivos.

El número 7 del art. 217 recoge una regla que también venía siendo aplicada por los tribunales como correctivo de las anteriores. Es posible que en determinadas situaciones la parte a la que corresponda la prueba de los hechos relevantes según las reglas expuestas, no tenga fácil acceso a su prueba, y que sea la contraparte – liberada, en principio, de la prueba de tales hechos – la que disponga de ella o esté en mejor disposición de acceder a ella. En tales circunstancias, el tribunal valorará la *facilidad probatoria* respecto de cada una de las partes y aplicará las consecuencias desfavorables de la ausencia de prueba, de tal modo que la parte que disponía de la prueba o tenía más fácil acceso a ella habrá de sufrir las desventajas dimanantes de la incertidumbre del hecho que debió ser probado.

Las anteriores reglas sobre el “*onus probandi*” atienden a la generalidad de los casos, y por lo tanto son aplicables “*siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes*”, según indica el número 6 del art. 217 LEC. Así, en supuestos legales específicos y en atención a diversas consideraciones, existen normas expresas que establecen criterios singulares sobre la carga de la prueba. Y a estos criterios singulares motivados por la tutela de los consumidores y usuarios nos referiremos en los apartados siguientes.

b.– Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

b.1.– Derecho de desistimiento.

El derecho de desistimiento de los contratos viene a constituir en cierto modo una excepción al principio de “*pacta sunt servanda*” (arts. 1258 del CC y 57 Cdc.), según el cual los contratos han de cumplirse según lo pactado, del que es una manifestación el art. 1256 del CC, que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Este desistimiento implica que el consumidor puede, en determinados supuestos, apartarse del contrato sin necesidad de alegar justa causa, es decir, *ad nutum*.

Esta figura no era ajena a nuestro Código Civil, en cuanto también estaba y está prevista en el contrato de arrendamiento de obra (art. 1594), el contrato de sociedad (art. 1700.4º) y el contrato de mandato (art. 1733).

La propia LGDCU define el derecho de desistimiento en su art. 68 como la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de este derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase, declarando la nulidad de pleno derecho de las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de este derecho de desistimiento.

Más adelante y a lo largo y ancho de la LGDCU se va modulando el derecho de desistimiento con ocasión de contratos específicos – ad exemplum, contratos celebrados a distancia o contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles –.

Como avanzamos este derecho no es general, sino que sólo se admite en los supuestos previstos legal o reglamentariamente – por ejemplo en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil – y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato.

Cuando la ley atribuya el derecho del consumidor al consumidor y usuario, el empresario contratante debe informarse por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido y debe, además, entregarle un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, en el que se exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere (art. 69 de la LGDCU). Pues bien, esta ley impone al empresario la prueba del cumplimiento de esta obligación de información que abarca la información misma, el modo en el que se ha de efectuar y la entrega del documento de desistimiento con los requisitos exigidos. La falta de prueba de haber suministrado esta información y documentación trae como consecuencia el alargamiento del plazo para ejercitar el derecho de desistimiento desde siete días hábiles a tres meses (art. 71.3 de la LGDCU). De este modo la carga de la prueba para el empresario conlleva ante la situación de incerteza sobre el suministro de información un período más dilatado para el ejercicio del derecho de desistimiento y por lo tanto un mayor período de tiempo durante el cual el contrato es resoluble a instancia del consumidor.

La prueba de haber ejercitado el derecho de desistimiento sigue la regla general del art. 217 de la LEC, esto es, corresponde al consumidor o usuario que lo alega (art. 72 LGDCU).

El ejercicio del derecho de desistimiento no está sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho (art. 70). No es preciso pues, que se envíe el documento de revocación o desistimiento, permitiéndose al consumidor o usuario que manifieste su voluntad de desistir de cualquier modo – verbal o escrito – y además que pruebe el ejercicio del derecho de desistimiento por cualesquiera de los medios probatorios admitidos en derecho. No existe limitación de medios de prueba, pudiendo el consumidor acreditar el uso de la facultad de desistir y de los presupuestos del derecho a desistir por cualquier medio de prueba – interrogatorio, documental, testifical, etc...–.

Cuando el consumidor haya ejercido el derecho a desistir, el empresario como consecuencia de la resolución viene obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor y usuario, devolución que tienen un plazo máximo de treinta días desde el desistimiento. Si transcurre el plazo referido sin que el consumidor haya recuperado la suma adeudada, se le reconoce el derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad (art. 76 de la LGDCU). Pues bien, no corresponde al consumidor reclamante el acreditar que la devolución se ha producido fuera del plazo, sino que la carga de la prueba sobre el cumplimiento dentro del plazo legal se atribuye al empresario. Se aparta así de la regla general del art. 217 LEC, pues el haber llevado a cabo la devolución fuera del plazo, como

presupuesto de la reclamación duplicada y de la indemnización de daños y perjuicios que excedan de esta cantidad, es un hecho constitutivo de la pretensión del consumidor, y por lo tanto, en principio, prueba a su cargo; sin embargo, la LGDCU excepciona aquella regla general protegiendo al consumidor mediante la atribución de la carga de la prueba sobre tal extremo al empresario.

b.2.– Condiciones generales y cláusulas abusivas.

En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente y concretamente en los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales (¹⁵⁵⁹), será necesario que conste la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional, y tal efecto, se enviará al consumidor justificación de la contratación efectuada por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera, donde constarán todos los términos de la misma (art. 80 de la LGDCU). Pues bien, la carga de probar el cumplimiento de esta obligación de remitir justificación documental o en otro soporte de todas las condiciones generales, corresponde al predisponente, al que ha confeccionado o redactado unilateralmente las cláusulas del contrato.

El art. 82 de la LGDCU da un concepto general de las cláusulas abusivas – sin perjuicio de explicitar en otros preceptos supuestos más concretos de cláusulas que cabe adjetivar como tales – como todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor o usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Como advertimos, uno de los presupuestos que exige la ley para calificar como abusiva una cláusula – al menos en su concepto general – es que la misma no haya sido negociada individualmente. Ahora bien, la prueba de este extremo no se impone al consumidor, sino que es el empresario que afirma que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, el que asumirá la carga de la prueba de tal aserto (art. 82.2.II LGDCU). Se aparta así la ley de la regla distributiva de la carga de la prueba del art. 217.2 de la LEC.

Como adelantamos, la LGDCU además de establecer un concepto general de lo que ha de entenderse por cláusulas abusivas, va atribuyendo en algunos preceptos tal carácter a determinadas cláusulas, y además *en todo caso* – con lo cual parece prescindir de los condicionantes del concepto general –. En un primer estadio determina que, no obstante el concepto general, son abusivas aquellas que : a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) Limiten los derechos del consumidor y usuario; c) Determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o f) Contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

En los artículos 85 a 90 desciende un escalón más y detalla los distintos tipos de cláusulas que han de considerarse abusivas por incardinarse en las anteriores categorías. En concreto, y por lo que a nuestro análisis interesa, el art. 88 de la LGDCU alusivo a *cláusulas abusivas sobre garantías*, considera como tales, por una parte, la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuarios en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante, y en segundo término, la imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia.

El primer supuesto considera abusiva y por lo tanto nula de pleno derecho (consecuencia establecida por el art. 83 de la Ley) la alteración de la regla distributiva de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, esto es, si conforme a lo dispuesto en el art. 217 de la LEC corresponde al empresario la prueba de un hecho constitutivo, no puede convenirse que sea el consumidor el que

1559 PARDO GATO, J.R.: “Las páginas web como soporte de condiciones generales...”, *op. cit.*; y “Contratación telemática versus contratación seriada”, *cit.*, pp. 33 a 82.

haya de asumirla con las consecuencias perjudiciales que ello conlleva en el supuesto de hecho incierto. Como hemos visto, el art. 217. 6 de LEC permite que una disposición legal altere los criterios generales establecidos en el art. 217 de la LEC, y la LGDCU, si bien no se aparta de aquella norma, lo que sí prohíbe es que se alteren aquellos criterios, no *ex lege*, sino *ex contractu*.

En el segundo supuesto lo que se prohíbe son las cláusulas que impongan la imposición al consumidor de la carga sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario en una modalidad concreta cual es contrato a distancia de servicios financieros, esto es, en presencia de este tipo de contratos será el proveedor de tales servicios el que ha de probar su cumplimiento, siendo nula de pleno derecho cualquier cláusula que haga pechar con la carga de la prueba del incumplimiento al consumidor.

b.3.– Contratos celebrados a distancia.

El art. 92 de la LGDCU establece el concepto de contratos celebrados a distancia como aquellos celebrados con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física de los contratantes, siempre que la oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario.

El art. 100 de la LGDCU prohíbe suministrar al consumidor o usuarios bienes o servicios no pedidos por él cuando dichos suministros incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza. Caso de vulnerarse esta prohibición la ley sanciona al empresario con la pérdida del bien o servicio suministrado, sin que se le pueda reclamar su precio y para el supuesto de que el consumidor opte por devolverlo no habrá de indemnizar por los daños o deméritos sufridos por el bien o servicio. En otras palabras, la vulneración de la prohibición legal de suministrar bienes o servicios no solicitados por el consumidor o usuario conlleva, bien su pérdida para el empresario, si el consumidor decide no devolverlo, bien la pérdida de la indemnización por el eventual demérito sufrido por el bien o servicio, si el consumidor opta por devolverlo. Esta regla general tiene, no obstante, una salvedad, cual es que el envío no solicitado obedezca a un error, si bien, la carga de la prueba sobre este último corresponde al empresario.

b.4.– Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles.

A la hora de definir qué se entiende a efectos legales por contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, la LGDCU opta por una parte por definir de modo positivo su ámbito de aplicación en su art. 107 y por otro lado, por hacerlo de manera negativa en su art. 108 al referir minuciosamente los contratos excluidos.

En lo que al caso interesa la Ley establece la presunción *iuris tantum* de que los contratos y ofertas celebrados fuera del establecimiento mercantil están sometidos a las disposiciones de la LGDCU. De este modo, basta que el contrato o la oferta se lleve a cabo fuera de la sede física de la empresa para que sea de aplicación la LGDCU, debiendo ser el empresario el que acredite los hechos que provoquen que, pese a celebrarse el contrato o efectuarse la oferta fuera del establecimiento mercantil, no es de aplicación la normativa especial, pues por ejemplo, porque estemos en presencia de uno de los supuestos del art. 108, siendo el empresario el que ha de probar los hechos que sustentan que el contrato celebrado esté excluido.

b.5.– Garantías.

La LGDCU recoge – art. 114 – , como ya lo hacía la derogada Ley 23/2003 de Garantía en la venta de Bienes de Consumo, como transposición de la Directiva Comunitaria 1999/04, y en garantía del comprador el principio de “conformidad” de los bienes con el contrato.

De acuerdo con el art. 114 y 123 de la LGDCU citada el vendedor responderá ante el consumidor *de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto*, y que se manifieste *en un plazo de dos años desde la entrega*. Para facilitar la posición del consumidor, la propia ley (art. 123.1.II) presume que si el defecto se manifiesta dentro de los primeros seis meses

desde la entrega, se presume que el defecto o falta de conformidad existía ya cuando se entregó (art. 123.1.II). No es suficiente con que el bien de consumo presente cualquier falta de conformidad en un plazo de dos años, sino que, además, exige la Ley que la falta de conformidad en cuestión existiera ya en el momento de la entrega del bien. Así se desprende del art. 114 de la LGDCU, a cuyo tenor el vendedor responderá ante el consumidor *de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto*. En consecuencia, para que opere la garantía a favor del consumidor y a cargo del vendedor es precisa la concurrencia de varios presupuestos, a saber, que se manifieste en el bien una falta de conformidad, que esa falta de conformidad ya existiera en el momento de la entrega, y que no haya transcurrido el plazo de dos años desde esa fecha. Y así como juega una presunción *iuris tantum* a favor del adquirente en relación con las faltas de conformidad manifestadas en el plazo de dos años, sin embargo, en relación con el requisito legal de que las faltas de conformidad existieran desde la entrega, el consumidor sólo disfruta de una presunción *iuris tantum* sujeta a limitación temporal, al disponer el art. 123.1.II que “*salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad*”. Excedido ese plazo de seis meses, incumbe al consumidor la carga de demostrar que falta de conformidad existía en la fecha de entrega. De acuerdo, pues, con lo preceptuado en la citada Ley, hay que distinguir dos plazos en los que el vendedor responde de las faltas de conformidad. Un primer plazo de seis meses desde la entrega, en que se presume que dichos defectos existían cuando la cosa se entregó, y un segundo plazo, desde los seis meses hasta los dos años, en que no existe esa presunción “*iuris tantum*”. En el primer supuesto el empresario y por el juego de la presunción “*iuris tantum*” se verá obligado a probar cumplidamente que el defecto no existía a la fecha de la entrega; y en el segundo caso – transcurridos los seis meses – ya no juega la presunción y por lo tanto será el consumidor o usuario el que ha de acreditar que la falta de conformidad concurría a la fecha de la entrega, por aplicación de la regla general de carga de la prueba contenida en el art. 217 LEC, en concreto en su regla 2ª, al tratarse de un hecho constitutivo de la acción.

Para determinar la fecha de la entrega la LGDCU establece también una presunción *iuris tantum*, cuando determina en su art. 123.2 que, salvo prueba en contrario, la entrega se entiende hecha en el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega correspondiente, si la entrega fuera posterior.

Al consumidor o usuario y para hacer efectivas las garantías legales, la LGDCU le impone una carga cual es informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. En este extremo la LGDCU establece una nueva presunción *iuris tantum*, esta vez en beneficio del consumidor, y es que salvo prueba en contrario, se entenderá que la comunicación del consumidor ha tenido lugar dentro del plazo establecido. Será pues, el vendedor el que habrá de acreditar debidamente que la comunicación se llevó a cabo fuera del plazo legal. Si bien, y aun cuando así lo haga la consecuencia anudada al incumplimiento del plazo no es la pérdida del derecho de saneamiento, sino la responsabilidad del consumidor o usuario por los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación.

c.– Ley del Comercio Minorista.

La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista tiene por objeto principal establecer el régimen jurídico general del comercio minorista, así como regular determinadas ventas especiales y actividades de promoción comercial. Según la propia Ley se entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento (art. 1 de la LOCM).

d.– Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

El objeto de esta Ley 22/2007, de 11 de julio, es establecer el régimen específico que habrá de aplicarse a los contratos con consumidores de servicios financieros prestados, negociados y celebrados a distancia, entendiéndose por servicios financieros los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros.

Las partes de estos contratos son el proveedor y el consumidor, entendiéndose por consumidor a la persona física que, en los contratos a distancia, actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional, concepto que coincide, en esencia (con la salvedad que únicamente se refiere a las personas físicas), con el contenido en el art. 3 de la LGDCU.

El proveedor del servicio financiero tiene la obligación de informar al consumidor y con carácter previo a la formalización del contrato, de determinados aspectos referidos al propio proveedor, al servicio financiero ofertado, al propio condicionado del contrato a distancia, y a los medios de reclamación e indemnización. Además el proveedor ha de comunicar al consumidor todas las condiciones contractuales. Es tan relevante el requisito de la información previa y de la comunicación de las condiciones del contrato, que su omisión podrá dar lugar a la nulidad del propio contrato.

En el art. 17 se determina que corresponde al proveedor la carga de la prueba sobre el cumplimiento de las obligaciones que le incumben al amparo de la ley especial, en materia de información al consumidor, así como del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución. De este modo no es el consumidor quien ha de probar el cumplimiento de las obligaciones que impone la norma, sino que es el propio proveedor el que ha de acreditar su cumplimiento, además también debe probar el suministro de la información y la propia existencia del consentimiento del consumidor, si bien, estos dos últimos extremos (información y consentimiento), siguen la reglas generales de distribución de la carga de la prueba del art. 217 de la LEC.

Dentro del Título III dedicado a las ventas especiales y en su capítulo II, que regula las ventas a distancia, se establece la prohibición de envíos no solicitados (art. 42) y hace en los mismos términos que el art. 100 de la LGDCU atribuyendo al vendedor la carga de la prueba sobre el error en el envío, por lo que nos remitimos a los comentarios de este último precepto.

En el mismo título y capítulo (Título Tercero capítulo II), se regula el derecho de desistimiento, concretamente en su art. 44 y en el apartado 6 de este último se regula la devolución de las sumas percibidas por el vendedor, de tal modo que el vendedor debe proceder a la devolución de la suma recibida en un plazo máximo de treinta días desde el desistimiento y si transcurre tal plazo sin que el comprador haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad. En lo que al caso nos interesa tal precepto establece que corresponde al vendedor la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo. Si recordamos, los términos en que se regula la devolución de las sumas percibidas son los mismos en los que lo hace el art. 76 de la LGDCU, que ya fue objeto de comentario supra.

e.– Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución de precio.

Esta ley de 13 de diciembre de 2007 es de aplicación a las relaciones jurídicas con los consumidores y usuarios de las personas físicas o jurídicas que, en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional no regulada por la legislación financiera, comercializan bienes con oferta de restitución posterior, en uno o varios pagos, de todo o parte del precio pagado por el consumidor o una cantidad equivalente, con o sin promesa de revalorización de este importe.

En esta norma se exige información precontractual detallada, la necesidad de formalización en escritura pública, la suscripción de garantías por la empresa para asegurar la restitución del importe

ofrecido, de tal modo y manera que la consecuencia de los contratos contraviniendo cualquiera de las disposiciones de esta Ley, incluidas las relativas a las comunicaciones comerciales e información precontractual obligatoria, es la nulidad de los contratos, legitimando al consumidor para el ejercicio de esta acción individual y a las entidades a las que se refiere el art. 11 de la LEC, y además, sin perjuicio de las acciones de cesación (art. 6 de la Ley).

Por otra parte, el art. 7 establece que corresponde a la empresa o profesional la prueba del cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley. De este modo, no es el consumidor quien ha de probar el cumplimiento de las obligaciones que impone la norma, sino que es la propia empresa o profesional el que ha de acreditar su cumplimiento, alterando así la regla general de distribución de la prueba, pues, en todo caso, ha de probar el cumplimiento de las obligaciones que impone la ley la empresa, y no el consumidor el que ha de acreditar el incumplimiento.

f.– Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

Esta Ley es de aplicación a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios y a la intermediación o asesoramiento en la concesión de préstamos o créditos, siempre y cuando no la lleven a cabo entidades de crédito.

La Ley contempla obligaciones de transparencia en la información precontractual, de forma que las empresas deben tener a disposición de los consumidores las condiciones generales de la contratación que utilicen; en relación con los precios de tal modo que, aunque existe libertad de tarifas y comisiones, las empresas no podrán aplicar cantidades superiores a las que deriven de las tarifas correspondientes y que las comisiones deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos ocasionados; la necesidad de que las empresas cuenten con un seguro de responsabilidad civil o aval bancario que cubra las responsabilidades en que pudieran incurrir frente a los consumidores; se regula también el contenido de las obligaciones en las comunicaciones comerciales y en la publicidad, la entrega de un folleto informativo, información previa al contrato, reglas de tasaciones de los bienes, o en fin, la necesidad de hacer una oferta vinculante.

El art. 8 de la Ley determina que corresponde a las empresas la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta ley, regla distributiva de la carga de la prueba específica para este tipo de contratos, que es la misma utilizada en las dos leyes precedentemente comentadas y cuyo comentario reiteramos.

Además en el art. 11 se regulan las acciones de cesación en los siguientes términos: “1. Podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a esta Ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a esta Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

3. Estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

c) *El Ministerio Fiscal.*

4. *Todas las entidades citadas en el apartado anterior podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan”.*

III.– CONCLUSIONES

De lo expuesto a lo largo de la presente ponencia se hace obligado extraer una serie de conclusiones, de carácter no exhaustivo, pero sí con afán de resumen y propuesta de debate y, en su caso, aprobación en el Pleno del Congreso.

La sistemática seguida en la relación de conclusiones que se exponen a continuación responde a la estructura de la ponencia dividida en dos grandes apartados, uno referido al ámbito material del consumo, centrado en los aspectos contractuales del mismo, y uno segundo dirigido al ámbito procesal de la materia.

A) DERECHO MATERIAL

PRIMERA.– La mejor forma de describir el Derecho del Consumo es calificarlo como un “*nuevo estado de la materia*” jurídica, lo que significa que el Derecho del Consumo es “*algo más*” que un mero agregado normativo dotado de simple especialidad docente e investigadora. Pero significa también que probablemente *no podría ser calificado* tampoco como un *Derecho especial*, cuando menos por lo que al Ordenamiento jurídico español se refiere.

Desde la perspectiva de sus *componentes normativos y de sus fuentes instrumentales* el llamado Derecho del Consumo es un agregado jurídico interdisciplinar toda vez que engloba normas jurídico-públicas y jurídico-privadas. Más aún, podría decirse que –mejor que “interdisciplinar”– es un Derecho “*transversal*”: un Derecho que toma prestadas normas de la más diversa índole del Ordenamiento jurídico para aplicarlas en las transacciones de consumo a las que resulten objetivamente aplicables de acuerdo con el principio de “*favor utentis*”.

Desde la perspectiva de su *objeto* –de las relaciones socioeconómicas a las que afecta– el Derecho del Consumo es un agregado normativo inespecífico: no se ocupa de regular relaciones o instituciones jurídicas determinadas, ni siquiera –propriadamente– sectores económicos determinados. Afecta a toda clase de contratos, negocios u operaciones, cualquiera que sea su índole y a todo tipo de sectores y mercados económicos, siempre que aquéllos, económicamente, constituyan actos de consumo y siempre que en el seno de éstos –sectores y mercados– se lleven a cabo tales actos.

SEGUNDA.– Los contratos con consumidores y usuarios son contratos que, ante todo, *se rigen por leyes especiales* dedicadas a los *consumidores y usuarios*, aunque las leyes generales les resulten también de aplicación, e incluso –a veces– de aplicación primaria. El Contrato de Consumo [cada uno de los diferentes contratos de consumo, regidos por la Ley General o regidos por leyes especiales] es *un contrato*: con carácter general presenta todas las características, requisitos y efectos fundamentales de cualquier contrato; posee –*debe* poseer– un objeto y una causa; y nace del consentimiento.

Partiendo de la legislación española, podríamos afirmar que “*el contrato con consumidores y usuarios existe desde que una o varias personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada, consienten en obligarse, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, respecto de otra u otras personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”.

TERCERA.– Los procesos de concentración o *cartelización* empresarial, así vertical como horizontal, conducen a un notable *empobrecimiento* de las fuentes de *información* de que dispone el consumidor. El consumidor o usuario, en el ámbito de la actividad contractual precisa ser protegido tanto en la fase de perfección del contrato, comenzando por la etapa preliminar –incluso antes de los

que podríamos considerar tratos o negociaciones precontractuales–, intentando garantizar la libertad del consentimiento.

CUARTA.– En la *fase de perfección del contrato*, el consumidor o usuario precisa ser protegido:

1. Mediante el control de la transparencia, licitud y lealtad publicitaria –incluida la libertad de recibir, o no, publicidad comercial–, y merced a la atribución de eficacia vinculante a las afirmaciones publicitarias de los empresarios.

2. Mediante la transparencia en el empleo de signos distintivos.

3. Mediante una adecuada información precontractual.

4. Asegurando la libertad e intimidad/privacidad del consumidor, de modo que no se vea acosado por técnicas de venta agresivas, como los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, las ventas en pirámide o en bola de nieve.

5. Mediante el control de la *incorporación* de las condiciones generales y de la contratación de consumo por adhesión.

6. Ocasionalmente, mediante la configuración de ciertos contratos de consumo, como contratos estrictamente formales.

Y todo lo anterior, aunque con especiales características, debe garantizarse también en el marco de la contratación electrónica.

QUINTA.– En la *fase de ejecución del contrato*, el consumidor o usuario precisa ser protegido:

g) Mediante el control de la *justicia y equilibrio contractual* –que no ya de la incorporación–, en la aplicación de condiciones generales o cláusulas predispuestas, en la contratación de consumo, por adhesión.

h) Mediante la legislación sobre régimen de autorización de productos y servicios.

i) Mediante la regulación de la *obligación de conformidad* y la existencia de regímenes eficaces de comprobación de la conformidad de los productos, y de reclamación por la falta de aquélla.

j) Mediante un adecuado régimen de conexión entre el contrato de consumo y las técnicas de financiación del consumo, estableciendo –o reconociendo– vínculos de conexión contractual entre los contratos de consumo y los de financiación por terceros.

Y todo lo anterior, aunque con especiales características, debe garantizarse, también, en el marco de la contratación electrónica.

SEXTA.– La *publicidad* se sitúa en las primeras fases del proceso de celebración de contratos mercantiles y de consumo, ya que –en la medida en que constituye una forma de comunicación– proyecta *mensajes dirigidos a los potenciales clientes*, cuyos mensajes no son "neutros" o "innocuos", sino que poseen un carácter sesgado y vectorial: tienen el propósito –por lo demás, *legítimo* [“*prima facie*”]– de seducir e inducir a celebrar contratos.

SÉPTIMA.– La *información precontractual* **habrá de ser:**

◆ Efectiva, eficaz o practicable; es decir: ha de tratarse de una información *idónea para producir los efectos, en aras a la consecución de la finalidad perseguida*.

◆ Oportuna: la información debe ser proporcionada al interesado, no en cualquier momento, sino precisamente en *aquel instante o durante aquel periodo de tiempo en el que el acceder a esa información puede resultarle útil*.

◆ Veraz: esta *información* ha de ser *fidedigna*, garantizándose su correspondencia con la realidad.

◆ Suficiente, por incluir todos los datos relevantes para que –p.e.– el ahorrador pueda adoptar decisiones de consumo.

Si la información precontractual no permitiera la libre formación del consentimiento, ello podría incidir, eventualmente, sobre la propia validez del negocio, determinando la posibilidad de anulación del contrato, por vicio del consentimiento (básicamente error o dolo).

Cabría hablar de un derecho/deber de información “contractual”, cuyos efectos se proyectarían, no sobre la validez del negocio jurídico concluido, sino sobre su cumplimiento, como obligación accesorias, bien de la de entrega, ya que la puesta en poder y posesión del adquirente podría interpretarse como inclusiva de la comunicación de todos los extremos que permitan una óptima utilización del producto, o bien de la obligación de saneamiento por vicios, ya que es obligación del profesional que los conoce manifestarlos al adquirente.

OCTAVA.– Las técnicas de *control de la licitud contractual*, que tienen que ver con la posibilidad de *declarar ineficaces* los contratos celebrados en circunstancias *irregulares* o *ilícitas*, pretenden proyectar su incidencia sobre *negocios jurídicos* –contratos– *singulares* o *singularmente* considerados. No constituyen técnicas de control de *actividades*, sino de *actos*, incluso aunque pudiera revestírselas de una eficacia “*ad tertios*”. Por este mismo motivo, las técnicas de control de la *licitud/validez/eficacia contractuales* han de aplicarse, no cuando pueda existir una cierta ilicitud del “*entorno*” de la negociación contractual, sino solamente cuando esa ilicitud del entorno *incide, directamente*, sobre los *requisitos de validez del contrato*; a saber: consentimiento, objeto y causa.

NOVENA.– El *derecho de desistimiento*, definido en Derecho español como “*la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase*”, lleva a la nulidad de pleno derecho de las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento. En este sentido, se trata de un derecho autónomo, “*sui generis*”, que –por lo mismo– resulta independiente de otros derechos que asistan al consumidor o usuario de poner fin al contrato.

El derecho a desistir del contrato, reconocido al consumidor, existirá en los supuestos previstos legal o reglamentariamente [derecho de desistimiento *legal*] y –también, alternativa o acumulativamente– cuando así se le reconozca en la oferta, promoción publicidad o en el propio contrato [derecho de desistimiento “*ex voluntate*”].

DÉCIMA.– En cuanto a la *integración de los contratos de consumo*:

7. Los contratos de consumo pueden estar precisados de *integración*; es decir, pueden necesitar que la “*lex contractus*”, que se tiene por “*incompleta*” –si se nos permite expresarlo así– venga completada, mediante la adición de reglas jurídicas –“*jurídicas*”, y no sólo “*legales*”–, que incidan sobre el contenido del contrato.

8. La integración de los contratos de consumo debe llevarse a cabo orientada “*pro utenti*”: en beneficio del consumidor.

9. El criterio de integración de los contratos de consumo debe ser el de la buena fe objetiva, lo mismo que en la legislación sobre competencia desleal.

10. Los contratos de consumo pueden estar precisados de integración, tanto en condiciones normales u ordinarias, como también cuando medió “*omisión de información precontractual relevante*”.

DÉCIMO PRIMERA.– La protección del consumidor deberá extenderse incluso a aquellas *cláusulas abusivas* que se encuentren insertas en contratos que no son de condiciones generales; o –por decirlo de otro modo– la protección deberá extenderse a las cláusulas abusivas *singulares* contenidas en los que se describen como contratos de adhesión *particulares*; contratos con cláusulas que

reunirían las condiciones de “*predisposición*” y de “*imposición*”, faltándoles solamente el factor de la generalidad.

En cuanto a las cláusulas abusivas:

Desde un punto de vista objetivo-material, las cláusulas abusivas son –antes que nada– “*cláusulas*”, y –por tanto– su naturaleza es la de “*estipulaciones*” contractuales, aunque puede incluirse –también– en negocios jurídicos que no sean contratos, ello sin perjuicio de aquellas cláusulas que no tengan, propiamente, esta naturaleza negocial paccionada: las “*prácticas no consentidas*”.

(d) Desde un punto de vista subjetivo-intelectual o intencional, unas y otras se caracterizan por la imposición al adherente: las cláusulas abusivas son –sobre todo– “*estipulaciones no negociadas individualmente*” y son “*prácticas no consentidas expresamente*”.

(e) Desde un punto de vista causal, esas estipulaciones no negociadas individualmente y esas prácticas no expresamente consentidas producen [“*causan*”] un “*desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”.

(f) Y, desde un punto de vista subjetivo-personal, ese desequilibrio resulta perjudicial para el *consumidor* o *usuario*.

A la vista de la regulación existente, se hace necesario proponer la determinación de una lista exhaustiva, clara y precisa de cláusulas abusivas, que se aleje de posibles dudas interpretativas sobre el color o la intensidad de la misma, ora negra, ora gris, a los efectos de la concreción de una lista inequívoca de aquellas cláusulas que por su carácter abusivo determine su eliminación/erradicación de los contratos, ya sean o no de adhesión.

DÉCIMO SEGUNDA.– En aras a dar cumplimiento al *principio de libertad contractual*, entendido como posibilidad de prestar un consentimiento libre, consciente e informado, las condiciones generales deberán estar redactadas con concreción, claridad y sencillez, de modo que sea posible su comprensión directa, sin reenvíos a otros textos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo momento, debe hacerse referencia en el momento contractual. Y, además, deberá imponerse al empresario la obligación de entregar “*ad probationem*”, al consumidor o usuario: un recibo justificante, o una copia del documento contractual o una copia del presupuesto.

DÉCIMO TERCERA.– La falta de conformidad del consumidor conlleva una *responsabilidad civil contractual*, por cuanto *el vendedor está obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme*. Se trata de una verdadera obligación de garantía de conformidad, integrada o asociada a la obligación general de entrega. Por su parte, la falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto deberá equipararse a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor y usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación. Además, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.

B) DERECHO PROCESAL

PRIMERA.– El ordenamiento español reconoce *capacidad para ser parte*, aunque no tengan personalidad jurídica, al grupo de consumidores afectados –perjudicados– (art. 6.1.7 LEC), no en razón de las personas físicas integrantes de los mismos, sino, precisamente, en cuanto tales colectivos, es decir, en cuanto entes asociativos sin personalidad jurídica. Dicha capacidad se restringe a tres límites: 1) Que sean perjudicados por un hecho dañoso; 2) Que los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables; y 3) Que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. Asimismo, la capacidad para ser parte sólo se reconoce para ser demandante, esto

es, se reconoce para ejercitar acciones vía demanda, ni siquiera vía reconvencción, pues sólo puede reconvenir el demandado (art. 406.1 LEC) y este grupo no podría serlo.

SEGUNDA.— En relación con los *grupos de consumidores o usuarios*, habrán de comparecer en juicio las personas que de hecho o en virtud de pactos de la entidad actúen en su nombre frente a terceros. El problema radica precisamente ahí, lo que generará no pocas cuestiones al órgano encargado del control de oficio de dicha capacidad procesal, por cuanto que no existirá problema alguno cuando la unión, el grupo tenga documentado un pacto o acuerdo en el que se establezca la persona o personas que tengan encomendada la actuación frente a terceros de tal grupo. Ahora bien, a falta de pacto la comprobación de oficio por parte del órgano jurisdiccional de la actuación de facto en nombre del grupo presenta más dificultades. Esto último pudiera acreditarse mediante prueba documental que dejase constancia de la actuación en algún o algunos actos concreto y en nombre del grupo de afectados (por ejemplo gestiones extrajudiciales).

TERCERA.— Los casos de *legitimación común*, ordinaria o extraordinaria, son supuestos tradicionales de legitimación, en cuanto parten de la base de un proceso que tiene por objeto una relación o situación jurídica individual o individualizada. Sin embargo, la realidad socioeconómica actual rebasa la estructura jurídica tradicional, al surgir nuevas situaciones jurídicas materiales de titularidad supraindividual que exigen, para su adecuada y efectiva tutela jurisdiccional, de nuevas estructuras procesales.

CUARTA.— La *legitimación activa* en la materia de tutela de los consumidores y usuarios se encuentra repartida entre las siguientes personas y entidades (art. 11 LEC):

1º. Se reconoce legitimación ordinaria a las personas afectadas, pues la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios puede ser instada, a título individual, por cada una de las personas consumidoras del producto o usuarias del servicio. Se recoge también una legitimación ordinaria de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender sus propios derechos e intereses; una legitimación extraordinaria representativa de tales asociaciones para defender los derechos e intereses de sus asociados; y una legitimación extraordinaria para defender los intereses supraindividuales y los derechos de los consumidores y usuarios.

2º. Asimismo, se reconoce una legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores y a otras entidades legalmente constituidas que tengan por fin la defensa de los intereses de consumidores y usuarios, para pretender la defensa de los intereses de un grupo de consumidores y usuarios determinados o fácilmente determinables – lo que se ha venido en llamar, tal y como recoge el precepto, *intereses colectivos* –; y una legitimación extraordinaria representativa de los grupos de afectados por un hecho dañoso, para lo cual se reconoce capacidad para ser parte al propio grupo (art. 6.1.7º LEC), el cual actuará en el proceso representado por la persona que de hecho o en virtud de pactos internos del grupo actúe en su nombre (art. 7.7 LEC).

3º. Legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses y derechos de los consumidores cuando éstos sean indeterminados o de difícil determinados –intereses *difusos*–. En este supuesto la asociación ha de ser *representativa*.

4º. Legitimación a través de las acciones de cesación.

QUINTA.— La atribución de legitimación a las *asociaciones de consumidores y usuarios* requiere el cumplimiento de dos requisitos básicos: 1. Que esté legalmente constituida y registrada en el correspondiente Registro a los solos efectos de publicidad. 2. Que tenga como finalidad la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados.

SEXTA.— La *acción de cesación* tiene por objeto el que se condene al demandado a cesar en la utilización o en recomendación de utilización de cláusulas abusivas y a prohibir la reiteración futura de dichas conductas, así como a prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado

al tiempo de ejercitar la acción si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. Para el ejercicio de estas acciones ostentan legitimación: a) las Asociaciones de Consumidores y Usuarios; b) las entidades legalmente constituidas; c) los grupos de afectados; d) el Ministerio Fiscal; e) y las entidades habilitadas para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

SÉPTIMA.— La llamada “*intervención procesal*” implica la participación de un tercero en un proceso pendiente, ajeno y distinto a las partes procesales principales, el cual puede ocupar o situarse de diversas formas con relación a éstas. Se distingue, así, en función de cuál sea el título de legitimación esgrimido por el interviniente, entre *intervención principal* que supone la deducción en el proceso de una pretensión de contenido distinto y alternativo a las pretensiones respectivamente formuladas por las partes originarias, e *intervención adhesiva* donde la pretensión del tercero coincide con alguna de las planteadas por las partes principales, bien con las del demandante, bien con las del demandado, a las que se adhiere. Respecto a esta última categoría se distingue, a su vez, entre *intervención adhesiva litisconsorcial*, para el caso de que el tercero ostente una legitimación análoga a la invocada por la parte principal a la que se adhiere, e *intervención adhesiva simple*, cuando lo que se tiene por el tercero es tan sólo un interés en el éxito de la pretensión principal. También se distingue entre *intervención voluntaria* e *intervención provocada*, según obedezca la entrada del tercero en el proceso a su propia y espontánea voluntad o a un llamamiento en este sentido por alguna de las partes procesales originarias.

OCTAVA.— En lo que a la determinación de la *competencia territorial* respecta, el orden de aplicación de los distintos fueros es el siguiente: 1º. En primer lugar, habrá de atenderse a la existencia o no de *fueros imperativos*, establecidos en las normas reguladoras de la competencia territorial, los cuales, al regular ésta sobre un determinado tipo de conflictos, impedirán la aplicación de cualesquiera otros fueros o criterios atributivos de la competencia territorial, incluida la sumisión. 2º. Subsidiariamente, de no existir fuero legal imperativo que se cierta sobre el tipo o la clase de conflicto, habrá de atenderse a la sumisión expresa o tácita de las partes. 3º. Por último, y también de forma subsidiaria, si sobre un determinado tipo de conflicto no ha dispuesto el legislador de un fuero territorial imperativo, ni las partes han formalizado tampoco un acuerdo de sumisión expresa, ni el demandado ha opuesto queja alguna a la competencia territorial del órgano que esté conociendo del asunto, entonces, en defecto de todos esos fueros legales imperativos y convencionales, expresos o tácitos, deberán aplicarse los *fueros generales* establecidos en la ley.

NOVENA.— En los juicios promovidos en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, ya sean éstos colectivos o difusos, la *sentencia* afectará incluso a los consumidores que no hubieran participado o intervenido personalmente en el proceso, en virtud de la fuerza expansiva que se otorga a estas sentencias, precisamente basada en la atribución de legitimación a distintos entes a los que legalmente se les confiere la defensa en juicio de aquéllos.

DÉCIMA.— En todo caso parece importante incidir en la *protección procesal del consumidor* a través de las reglas distributivas de la carga de la prueba, con el fin de favorecer las acreditación de los hechos que sustentan sus pretensiones.

“PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR EN DERECHO COLOMBIANO”

Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Presidente
de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

PROTECCION JURIDICA DEL CONSUMIDOR EN DERECHO COLOMBIANO.

POR: MARCO GERARDO MONROY CABRA¹⁵⁶⁰

1. Protección constitucional y Legal del consumidor en derecho colombiano.

El artículo 78 de la Constitución colombiana consagra la protección jurídica del consumidor en estos términos: “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos. “

Por su parte, el artículo 365 de la Carta dice que:”Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fija la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por las comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. “

1560 Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Si bien se puede mencionar la Ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal, fue la Ley 73 de 1981 por la cual “el estado interviene en la Distribución de Bienes y Servicios para la Defensa del Consumidor y se conceden unas Facultades Extraordinarias “ por el término de 12 meses para dictar normas enderezadas al control de la distribución o venta de bienes y servicios y al establecimiento de las sanciones y procedimientos.

El Decreto 1441 de 1982 creó la Liga de Consumidores “constituida mediante la asociación de personas naturales, con sujeción a las normas previstas en el presente decreto, cuyo objeto sea garantizar la protección, la información, la educación, la representación y los derechos de los consumidores de bienes y servicios, así como velar por el pago de las indemnizaciones a que se hagan acreedores, según la ley, por la violación de sus derechos. “

En uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 73 de 1981 el Decreto 3466 de 1982 dictó normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores. Este decreto es conocido como Estatuto del Consumidor. Este decreto fue reglamentado por el decreto 863 de 1988 en cuanto a la fijación de precios.

El Decreto 3467 de 1982, por el cual se dictan unas normas relativa a las ligas y asociaciones de consumidores.

El Decreto 3468 de 1982 por el cual se organiza el Consejo Nacional de Protección al Consumidor.

Posteriormente, con el decreto 2876 de 1984, se dictaron normas sobre control de precios y con el Decreto 1009 de 1988, se crearon y organizaron los consejos departamentales de protección al consumidor y el Consejo Distrital de Protección al Consumidor.

Inicialmente, con los Decretos 2152 y 2153 de 1993 la protección al consumidor se encomendó al Ministerio de Desarrollo Económico y a la Superintendencia de Industria y Comercio. El artículo 38 del decreto 2152 de 1992 creó el Consejo Nacional de Protección al Consumidor.

La ley 142 de 1994 estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y reglamenta los derechos de los usuarios.

2. Principios constitucionales y derechos sobre protección al consumidor y al usuario.

Los principios constitucionales y legales consagrados en las normas anteriores, son los siguientes:

a) Se consagran los derechos del consumidor como derechos colectivos. Como lo dijo la Corte Constitucional (C-1141 de 2000 M.P.Eduardo Cifuentes Muñoz) “Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión de obtener en el mercado , de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores).

En resumen: el consumidor tiene derecho a acceder libremente a bienes y servicios de variada presentación, precio y calidad, y a optar por los que mejor satisfagan sus expectativas y necesidades.

Tienen además, derecho a la protección de su vida, su salud, su seguridad y la de sus bienes.

Tienen derecho a reclamar por los defectos de calidad e idoneidad.

Tienen derecho a que la información que se les suministra sea veraz y suficiente y no lo induzca a error.

Tienen derecho a constituir organizaciones que defiendan y velen por sus intereses.

Tienen derecho a acudir ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales para obtener la protección de sus derechos.

Tienen derecho a recibir educación para optar por la mejor decisión en cuanto a la adquisición de bienes y servicios.

b) La Constitución ordena protección a favor del consumidor, pero la forma de protección se determina en la ley, los reglamentos y el contrato

c) En cuanto a la calidad e idoneidad están establecidas en el propio producto o son las que imponga la autoridad competente.

d) La responsabilidad del productor y del distribuidor surge de la Constitución y por tanto puede ser deducida por el consumidor del productor o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros.

e) Respecto a las relaciones entre el consumidor y el usuario existe el derecho al resarcimiento de los daños causados por defecto de productos o servicios. Como dijo la Corte en la sentencia antes citada: “La protección del consumidor y usuario sería incompleta si ella se limitara a las garantías sobre la calidad de los productos y servicios en función del uso específico y normal a que se destinan y, de otro lado, al complejo de derechos instrumentales— información y participación, necesarios para intervenir en las distintas esferas de la vida económica y poder ver traducidas sus exigencias legítimas en imperativos de interés público que deben por igual realizar el Estado y la comunidad. Los defectos de los productos y servicios, no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud. De ahí que el derecho del consumidor reconozca como elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro. “

f) El consumidor o usuario puede exigir directamente al productor el cumplimiento de las garantías y el pago de los perjuicios causados con las fallas de sus bienes o servicios. El productor responde por el cumplimiento de las garantías y por el pago de los perjuicios causados con las fallas de sus bienes o servicios.

g) Se consagra el derecho a la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen.

El artículo 2 de la Constitución establece como uno de los fines esenciales del Estado el facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política y administrativa.

h) Los consumidores tienen deberes: 1) Informarse de manera responsable sobre las características, especificaciones y precio de los bienes y servicios ofrecidos, así como exigir las garantías, calidades y demás condiciones de contratación; 2) Observar las recomendaciones técnicas sobre el manejo y manipulación de los productos, con el fin de eliminar los riesgos derivados de una incorrecta utilización; 3) Ejercer sus derechos dentro del marco de los mecanismos establecidos por la ley u abstenerse de formular denuncias temerarias que puedan causar perjuicios injustificados a los proveedores de bienes y servicios; 4) Celebrar las transacciones de bienes y servicios dentro del comercio legalmente establecido; 5) Educarse permanentemente y por todos los medios a su alcance, con miras a elevar y fortalecer su cultura y hábitos de consumo.

La Corte declaró la exequibilidad de los artículos 11, y 29 (parciales) del Decreto 3466 de 1982, bajo el entendido de que el consumidor o usuario también puede exigir de manera directa del

productor el cumplimiento de las garantías de calidad y el pago de los perjuicios por concepto de los daños derivados de los productos y servicios defectuosos.

Corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio y a los alcaldes la competencia para imponer sanciones por violación a las normas de protección al consumidor (art 44 Decreto 3466 de 1982)

3. Ejercicio de los derechos por parte del consumidor.

En el ámbito internacional, los derechos de los consumidores han sido reconocidos por las Naciones Unidas mediante las directrices para la protección de los consumidores aprobadas mediante resolución 32-248 de 9 de abril de 1985. La ONU solicitó a los gobiernos de los países en desarrollo fortalecer la legislación en defensa de los consumidores.

Si bien el consumidor puede ejercer sus derechos individualmente, sin embargo en ciertas legislaciones se consideran legitimadas las asociaciones de consumidores. Aun cuando la vía judicial es la utilizada con frecuencia, sin embargo ha surgido el arbitraje para solucionar las reclamaciones en materia de consumo. Por ejemplo, la ley española de arbitraje de 5 de diciembre de 1988.

Pueden existir acumulación de demandas, pero el sistema norteamericano de la “class action” ha sido utilizada en otros países mediante el uso de acciones populares o acciones colectiva ya que se protegen los intereses difusos o intereses colectivos. Cuando la demanda consiste en la petición de una indemnización, no debe tenerse en cuanto sólo el daño sufrido por quien plantea la demanda, sino causado a la colectividad de afectados.

En derecho comparado se observa que en los Estatutos de Protección al Consumidor se introducen nuevos criterios como presunción de culpa del empresario con la consiguiente inversión de la carga de la prueba, o la introducción de cierta responsabilidad objetiva por daños causados por productos o servicios defectuosos.¹⁵⁶¹ Esto permite superar las insuficiencias de las reglas de los códigos civiles sobre responsabilidad por vicios ocultos consagrados en el contrato de compraventa.

Se ha advertido la necesidad de dotar al consumidor de un régimen de acciones claras y definidas contra el fabricante así no haya mantenido una relación contractual con este último.

Las tendencias jurisprudenciales modernas superaron la relatividad de los contratos y hicieron la distinción entre cosas peligrosas en sí mismas y cosas peligrosas como consecuencia de un defecto de fabricación. Esto condujo a la admisión de la responsabilidad del fabricante y del vendedor cuando se prueba una falta de diligencia en el proceso de fabricación o de distribución del producto.

Ricardo de Angel Yáñez¹⁵⁶² explica lo siguiente: “Esta orientación arranca de un famoso caso de 1916, como consecuencia de la demanda entablada por la víctima de un daño producido por el defecto de fabricación de un automóvil. La empresa fabricante no tuvo éxito en su alegación de que sus obligaciones y garantías existían tan sólo en los límites establecidos en su relación con los revendedores o distribuidores. El juez Cardozo puso de manifiesto que el fabricante de productos sustraídos a sucesivos controles tiene un deber de diligencia frente al público, con independencia de los particulares vínculos obligatorios que le unan negocialmente con cualquier persona. Un resultado dañoso previsible e imputable a un defecto del automóvil acarrea la obligación de resarcir el daño por parte de la empresa fabricante. Este debe responder frente a terceros, con independencia de las circunstancias del producto y de la particular responsabilidad contractual frente al revendedor o distribuidor.

1561 Ricardo de Angel Yáñez, “Responsabilidad por productos defectuosos en la Comunidad Económica Europea. Principios básicos para un estatuto del consumidor.” en Responsabilidad Civil y del Estado Nro 4, abril 1998, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Medellín, Librería Jurídica Sánchez Ltda, pág45.

1562 Ricardo de Angel Yáñez, artículo citado pág 40

Del mismo modo, aunque más tarde, la jurisprudencia inglesa superó el obstáculo de la “privity of contract”, mediante la ficción de un “colateral contract” entre fabricante y el usuario. En suma, vino a aceptarse el principio de la responsabilidad civil del fabricante frente al consumidor o usuario, sin que entre ellos existan vínculos contractuales. Por este motivo, esa responsabilidad civil se emplaça en Derecho inglés dentro de la excontractual, esto es, en el llamado “law of torts” o Derecho de daños “

El criterio de la responsabilidad objetiva fue introducido en el derecho norteamericano por vía jurisprudencial se aceptó la responsabilidad del fabricante no se funda en su “negligence” ni en una pretendida garantía expresa o tácita, sino en el simple hecho de haber puesto en el mercado un producto defectuoso.

4. Responsabilidad civil por productos defectuosos.

Muchas Leyes de protección del consumidor se desentienden de la clásica dicotomía entre responsabilidad contractual y extracontractual, para plantear la responsabilidad con independencia de si el empresario y el consumidor ha existido o no una relación contractual. Es el caso de la Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Es la fórmula que adopta la Ley española de 6 de julio de 1984.

El 6 de julio de 1994 se promulgó la ley española de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Esta ley tuvo por objeto llevar a cabo la adaptación del Derecho español a la Directiva sobre la materia de la Comunidad Económica Europea de 25 de julio de 1985. Se consagra un régimen de responsabilidad objetiva aunque no absoluta. En efecto, el fabricante se ve exonerado de responsabilidad si prueba cualquiera de las circunstancias del artículo 6, esto es: a) Que no había puesto en circulación el producto; b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial; d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.

El tema de la responsabilidad civil por productos defectuosos se debe a las dificultades de las víctimas para obtener la reparación siguiendo las reglas clásicas de responsabilidad civil.

Tradicionalmente se acudía a la teoría de los vicios redhibitorios condicionando la responsabilidad del vendedor por los perjuicios derivados de esos vicios, al hecho de que el vendedor conociera o debiera conocer, al momento de la venta, el vicio de la cosa o su causa. Sin embargo, algunos ordenamientos como el francés ha ido superando la noción de culpa para imponer la presunción de culpa que no permite prueba en contrario, lo que prácticamente es la responsabilidad objetiva.¹⁵⁶³

Si bien el derecho francés no contenía normas sobre protección al consumidor, actualmente se ha pasado de un régimen de responsabilidad subjetiva a un régimen de responsabilidad objetiva y sin culpa.

La primera ley de protección al consumidor fue de 1 de agosto de 1905 tendiente a reprimir los fraudes en las compraventas y las falsificaciones en los productos alimenticios. Luego, una Ley del 27 de diciembre de 1973 permitió a las asociaciones de consumidores accionar judicialmente en defensa de los intereses colectivos de los consumidores por ellas representados. Posteriormente, el 10 de enero de 1978 se promulgó la Ley de Protección e Información de los Consumidores, la cual fue actualizada por una Ley de 21 de julio de 1983. El artículo 1 de esta Ley contempla la obligación de

1563 Javier Tamayo Jaramillo, “La responsabilidad civil por productos defectuosos y su aseguramiento “ en libro Responsabilidad Civil y del Estado, Instituto Antioqueño de responsabilidad Civil y del Estado, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, pág 117

seguridad en estos términos: “ Los productos y servicios deben, dentro de las condiciones normales de utilización dentro de otras condiciones razonables previsibles por el profesional, presentar la seguridad que se puede legítimamente esperar y no atentar contra la salud de las personas “.

En derecho francés se establecen dos obligaciones del vendedor fabricante en relación con determinado producto: se trata de la obligación de entregar un producto carente de vicios redhibitorios (obligación de seguridad), y obligación de información e instrucciones en caso de venta de cosas que por su naturaleza presentan ciertos riesgos.

La Comunidad Económica Europea de 25 de julio de 1985 establece una responsabilidad civil objetiva en contra de de las personas que participan en la producción y distribución de productos defectuosos.

En algunos casos, el legislador regula por separado, mediante estatutos especiales, la responsabilidad por productos muebles defectuosos, la responsabilidad por inmuebles defectuosos y la responsabilidad por servicios defectuosos.

El problema es, según Javier Tamayo Jaramillo,¹⁵⁶⁴ que “la prueba de ese conocimiento, cuando ella es exigida, en la práctica es imposible de conseguir, lo que conlleva a que la víctima se quede sin indemnización. De allí que, desde hace varias décadas, en el mundo entero, se haya pensado en reemplazar la responsabilidad culposa por productos defectuosos, por una responsabilidad objetiva “

Igualmente, se ha superado el rigor del efecto relativo de los contratos para establecer, según Tamayo Jaramillo¹⁵⁶⁵ “ una responsabilidad solidaria de todas las personas que participen en la cadena de producción y distribución del producto dañino, frente al tercero, consumidor o no, que finalmente sufra el daño como consecuencia del defecto o falta de calidad del producto. En esta forma, el fantasma de la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual tiende a reducirse o a eliminarse en este tipo de daños. “

En materia procesal se ha impuesto el sistema de las “class actions” en virtud de la cual la sentencia condenatoria a favor de un consumidor perjudica o beneficia a los demás consumidores que hayan sufrido un daño proveniente de un producto defectuoso así no se hubiera constituido en parte del proceso.

Hay que mencionar la Model Uniform Product Liability Act de 1979 que no es norma obligatoria sino que sirve de punto de referencia a cada uno de los Estados de la Unión. Esta ley modelo aligera la cargas de los fabricantes ya que en ciertos casos vuelve a la responsabilidad por culpa así sea presunta, se crean mecanismos para controlar el valor excesivo de las indemnizaciones y para lograr una racional y menos costosa cobertura de los aseguradores. Así mismo, se precisa con claridad los problemas que se suscitan con el concepto de “defecto “.

El nacimiento de la moderna responsabilidad del productor en los Estados Unidos viene atribuida a una opinión del juez Cardozo en 1916 en una sentencia de la Corte de Apelación de New York en el caso *MacPherson vs Buick Motor Co* (217 N.Y. 382, 111 N. E. 1050 (1916). En este caso los jueces hicieron una excepción a la regla de la privity of contract y establecieron que “el deber de salvaguardar la vida, cuando las consecuencias de la negligencia pueden ser previstas, va más allá del contrato...”(id.390,111 N. E, 1058-1059)

Olenka Woolcott¹⁵⁶⁶ hace relación al origen de la responsabilidad objetiva así: “ La responsabilidad objetiva hace su aparición en una concurring opinión del juez Traynot en el caso *Escola vs Coca Cola Botting Co* (24 Cal. 2d 453, 150 P.2d 436 (1944). El juez Traynor sostuvo que un producto debería ser considerado responsable por la introducción del hecho que sería usado sin control o bien

1564 Javier Tamayo Jaramillo, artículo citado pág 120

1565 Javier Tamayo Jaramillo, artículo citado pág 121

1566 Olenka Woolcott, “Causalidad y daño por productos defectuosos a propósito de los casos DES en los Estados Unidos” en la Revista IUSTA, Nro 30 pág 109

cuando hubiera resultado que un defecto del producto causaría un daño. En la base de la tesis de Traynor está la convicción de que el productor está en grado de soportar los riesgos en cuanto se puede asegurar y distribuir el costo entre los consumidores, además de ser de interés público desincentivar la comercialización de productos defectuosos. “

Después se aceptó esta tesis en el caso *Greenman vs Yuba Power Prods In* (1963) en el cual la Corte Suprema se pronunció en el sentido de una *strict liability*.

Después el American Law Institute adoptó la teoría de la responsabilidad objetiva en la sección 402 A del Restatement (Second) of torts.

Esta norma establece una regla especial que se aplica a los vendedores de productos. La regla impone una responsabilidad objetiva, porque hace responsable al vendedor frente al usuario o consumidor incluso en las hipótesis en que haya observado toda la diligencia posible en la preparación o en la venta de los productos. No se excluye la posibilidad de fundar la responsabilidad del vendedor sobre la culpa, en el supuesto en que la culpa del vendedor sea probada.

Los fundamentos residen en que el productor se encuentra en una posición mejor respecto de los consumidores para asegurarse.

La responsabilidad objetiva prescinde de la negligencia, sea de una relación contractual directa entre productor y consumidor.

Para efectos del resarcimiento del daño del producto, el actor debe probar la existencia del nexo de causalidad y la preexistencia del defecto al momento de haberse puesto en comercio el producto.

La orientación de la jurisprudencia norteamericana prefiere a la víctima inocente imposibilitada de demostrar puntualmente el nexo de causalidad bajo el presupuesto de que es mejor hacer responder del perjuicio a un demandado que no ha contribuido a la producción del daño específico sufrido por la víctima antes que liberar de responsabilidad a aquél que ha ocasionado el daño.¹⁵⁶⁷

Según Javier Tamayo Jaramillo¹⁵⁶⁸ los elementos de la responsabilidad civil por productos defectuosos son los siguientes: a) El factor de atribución en la responsabilidad civil por productos defectuosos. El daño puede provenir de un vicio redhibitorio, de la falta de calidad y eficiencia del producto, o tratándose de daños a las personas o a las cosas, de un defecto del producto; b) Daño; y c) Nexo de causalidad entre los dos primeros.

Ya se ha visto que la responsabilidad por productos defectuosos evoluciona de una responsabilidad por culpa hacia una responsabilidad objetiva. Pero en uno u otro caso, no basta el simple nexo causal entre un producto y el daño. Es preciso que dicho daño sea imputable a un defecto del producto.

El producto es defectuoso, cuando el productor, irrazonable e ilegítimamente no le imprime seguridad al producto.

El productor se exonera de responsabilidad porque el defecto no existía al momento de la puesta en circulación, la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero, y el hecho de la víctima.

Como ya se ha visto la responsabilidad por productos defectuosos evoluciona hacia la responsabilidad objetiva. Pero no es suficiente establecer el nexo causal entre un producto y el daño, sino que es necesario que el daño sea imputable a un defecto del producto. No es necesario hoy probar la culpa por acción o por omisión en la fabricación o distribución de un producto defectuoso.

5. Competencia.

1567 R. W. Wright, “Causation in Tort Law” en 73 Cal L. Rev. 1985, p.1818

1568 Javier Tamayo Jaramillo, ob cit. Pág 143

Las competencias para la protección al consumidor son las siguientes:

a) La Superintendencia de Industria y Comercio y los alcaldes tienen competencia para imponer sanciones por violación a las normas de protección al consumidor en estos casos:

1. Incumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad.
2. Falta de correspondencia con la realidad o inducción a error de las marcas, leyendas y propaganda comercial.
3. Incumplimiento de las normas sobre fijación pública de precios.
4. Incumplimiento de la normativa sobre ventas mediante el sistema de financiación y prestación de servicios que exijan la entrega de un bien (Decreto 3466 de 1982, artículo 44).

b) El Decreto 2876 de 1984 artículo 12 asigna competencia para investigar las contravenciones a las normas sobre control y vigilancia de precios a la Superintendencia de Industria y Comercio, a los alcaldes municipales, al alcalde mayor de Bogotá, a los alcaldes menores del Distrito dentro de su jurisdicción y a los inspectores de policía.

c) La Ley 820 de 2003 asigna a las alcaldías las funciones de ejercer control, inspección y vigilancia de los inmuebles destinados a vivienda urbana.

d) El Decreto 2269 de 1993 artículo 40 asigna competencia a los gobernadores, alcaldes y demás funcionarios de policía para impartir en el territorio de su jurisdicción, las órdenes e instrucciones que sean del caso, para dar cumplimiento a las disposiciones oficiales sobre pesas y medidas.

e) Las quejas relacionadas con entidades del sector financiero, previsional y asegurador corresponde a la Superintendencia Financiera.

f) Las quejas relacionadas con las empresas de servicios públicos domiciliarios corresponde tramitarlas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

g) Las quejas relacionadas con las sociedades administradoras de consorcios comerciales corresponde tramitarlas a la Superintendencia de Sociedades.

h) Las quejas relacionadas con la prestación de los servicios de telecomunicaciones corresponde tramitarlas al Ministerio de Comunicaciones.

i) Las quejas relacionadas con calidad, seguridad y publicidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales, homeopáticos, productos de aseo, higiene y limpieza así como los plaguicidas de uso doméstico, corresponde tramitarlas al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos invima.

j) Las quejas relacionadas con la prestación de servicios aeroportuarios corresponde a la Aeronáutica Civil.

k) Las quejas por incumplimiento de los servicios prestados por operadores turísticos corresponde tramitarlas al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

l) Las quejas relacionadas con la prestación del servicio de transporte de carga y transporte público, corresponde tramitarlas a la Superintendencia de Puertos y Transporte.

6. Conclusiones.

1. Para la defensa de los derechos del consumidor se han adoptado en Colombia en las normas legales y reglamentarias anteriormente citadas. Se han presentado varios proyectos de ley sobre la responsabilidad por daño por producto defectuoso (proyectos de ley 03/94, 153/95, 180/95,

187/95,03/96 y 15/00 de la Cámara, y 024/96,051/96 y 066/96 del Senado).¹⁵⁶⁹ Sin embargo, a pesar de que establecían reglas específicas de aplicación de la responsabilidad civil, no fueron aprobados. Se establecía el derecho a la indemnización por daños ocasionados por el uso de producto defectuoso. Actualmente cursa el Proyecto de Ley 082/085-351 /09 Cámara “ por medio del cual se actualiza el Decreto 3466 de 1982 y se dictan otras disposiciones “.

2. La jurisprudencia constitucional sostiene que el productor será responsable por la fabricación de productos defectuosos que causen daño a consumidores y usuarios y que el perjudicado con el uso de un producto defectuoso puesto en circulación por un empresario profesional no podrá tener cargas adicionales a la prueba del daño, del defecto y del nexo causal entre este último y el primero. Acreditado este extremo, el empresario deberá demostrar hechos y circunstancias– externos-que lo eximan de responsabilidad (Sent C-1141 /00 y C-973/02).

3. La Sala de Casación Civil en sentencia de 30 de abril de 1009rompió la relatividad contractual, sin culpa y solidaria frente al consumidor. En relación con la carga probatoria expresó que “ sólo incumbe al afectado probar el perjuicio, el carácter defectuoso del producto y la relación de causalidad entre este y aquel “

4. La tendencia en derecho comparado es hacia la consagración de la responsabilidad objetiva diferente de la responsabilidad contractual y extracontractual.

5. Se han establecido una serie de normas para dotar al consumidor de un régimen de acciones contra el fabricante (acciones colectivas, populares, class actions). Asimismo, existen procedimientos administrativos para tramitar las quejas del consumidor que se tramitan ante las autoridades antes mencionadas que en Colombia son las alcaldías y la Superintendencia de Industria y Comercio.

6. Es necesario que exista una nueva regulación que proteja a las personas de los enormes riesgos que se derivan de la producción y distribución masiva de bienes y servicios.

7. Como lo dice Javier Tamayo Jaramillo: “Si bien, hasta el momento, los daños derivados de productos defectuosos son indemnizables a través de mecanismos de responsabilidad civil, lo cierto es que el derecho actual se orienta hacia una socialización de los riesgos provenientes de accidentes, de forma tal que las víctimas sean indemnizadas en forma automática, independientemente de la responsabilidad del causante del daño. Y dentro de ese tipo de daños por accidentes están comprendidos ,desde luego, los accidentes derivados de productos defectuosos. “ Este es el futuro pero por ahora es posible adoptar el régimen de la responsabilidad objetiva que ha sido acogido por gran parte de ordenamientos jurídicos.

8. Sería conveniente actualizar las normas sobre protección al consumidor para hacerlas acordes a otras legislaciones que tienen normas ágiles y expeditas respecto a la defensa del consumidor.

9. Sería conveniente programar jornadas de información acerca de los derechos del consumidor para que éste conozca sus derechos y la manera de hacerlos efectivos.

10. Sería deseable que se aprobara el proyecto de ley que cursa en el Congreso ya que ha logrado consenso de la Confederación Colombiana de Consumidores, la Asociación Nacional de Industriales y el Congreso Nacional.

1569 Carlos Germán Caycedo Espinel, “La responsabilidad por producto defectuoso: regulación o jurisprudencia ¿ Ambito Jurídico, 15 al 28 de marzo de 101=.

“DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO GLOBAL”

Dr. Bonifacio Ríos Avalos

Miembro de Número de la Academia
de Derecho y Ciencias Sociales de Paraguay

Por el Prof. Dr. Bonifacio Ríos Avalos¹⁵⁷⁰

DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO GLOBAL

Antecedentes

Contratos con cláusulas predispuestas

1. INTRODUCCION

En los contratos de adhesión, o de cláusulas predispuestas o predeterminadas, encontramos el origen del nuevo derecho denominado “derecho del consumidor”, con impacto globalizante, donde hoy con claridad es el germen del nuevo derecho, conocido como derecho global, pues, la globalización como fenómeno mundial convirtió al hombre de todo el planeta en un consumidor cualquiera. Toda interrelación de consumo, se concluye mediante un contrato, por lo que naturalmente el origen de la preocupación de los juristas, es la erradicación de las cláusulas abusivas. Se puede mencionar entre los contratos con cláusulas predispuestas a los siguientes:

- El contrato de transporte
- Los contratos bancarios

1570 Prof. Titular de Derecho Civil (Obligaciones) y de Derecho Comercial en la Universidad Nacional de Asunción. Miembro de número de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales (Secretario de la Directiva). Director de los Cursos de Doctorado y Maestría en la Facultad de Derecho U.N.A., Profesor Investigador de la U.N.A., Ex Magistrado Judicial y Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Rca. del Paraguay. Autor de numerosas obras jurídicas como: Introducción al Estudio de los Hechos y Actos Jurídicos (10 ediciones), Derecho Bancario (5 ediciones), La Lesión (2 ediciones), Teoría del Derecho y el Contrato Colectivo en la función pública (dos ediciones), Responsabilidad Civil del Estado, Responsabilidad Civil en el Derecho, Derecho Comunitario, Derecho Mercantil parte general, coordinador del Código Civil Paraguayo Comentado, por la Editora la Ley correspondiente al Libro Segundo, entre otras.

- Los contratos de seguros (véase transporte obligatorio, terrestre, aéreo y fluvial)
- Los servicios médicos en una clínica y medicina pre-paga
- La compra de combustible
- La compra de productos en los supermercados¹⁵⁷¹
- Los servicios de lavandería
- Los contratos de hospedaje en hoteles y hostales
- Los servicios de telefonía fija y móvil
- La contratación de servicio de cable
- Los consumos en restaurantes
- La compra de boletos aéreos

Se podría considerar, en la Rca. del Paraguay, que este nuevo derecho, reconoce como principal antecedente al Código Civil Paraguayo, del año 1985, donde numerosas disposiciones contemplan el principio de la interrelación entre las prestaciones, la reciprocidad y la justicia sinalagmática, reprobando cualquier abuso en las cláusulas o en las conclusiones de los negocios jurídicos.

Así se regula expresamente en el Código, las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en la disposición del Art. 691 al establecer: "Cuando los contratos por adhesión contengan cláusulas restrictivas de carácter leonino, la parte adherente podrá ser dispensada de cumplirlas, o pedir su modificación por el juez.

Considérense tales especialmente las siguientes cláusulas:

- a) Las que excluyen o limitan la responsabilidad del que las impulsó;
- b) Las que otorgan la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones, o de cualquier manera priven al adherente de algún derecho sin causa imputable a éste,
- c) Las que condicionan al consentimiento de la otra parte el ejercicio de algún derecho contractual del adherente
- d) Las que obligan al adherente a recurrir al otro contratante o a un tercero determinado, en caso de cualquier necesidad no directamente conexa con el objeto del contrato, o condicionan cualquier derecho contractual del adherente a tal recurso, o limitan su libertad al estipular con terceros sobre cualquier necesidad de la naturaleza expresada.-
- e) Las que imponen al adherente renuncia anticipada a cualquier derecho que podría fundar en el contrato en ausencia de tal cláusula.-
- f) Las que autorizan a la otra parte a proceder en nombre del adherente o en su substitución, para obtener la realización de un derecho de aquel frente a este.
- g) Las que imponen al adherente determinados medios probatorios, o a la carga de prueba;
- h) Las que sujetan a plazo o condición el derecho del adherente de valerse de las acciones legales, o limitan la oponibilidad de excepciones, o la utilización de procedimientos judiciales de los cuales el adherente podría hacer uso,
- h) Las que permiten la elección unilateral de juez competente para resolver una controversia entre las partes".

1571 Fernández Arroyo, Diego. Moreno Rodríguez, José Antonio. PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN AMERICA. Trabajo de la CIDIP (OEA). La Ley, pág. 361

“La ruptura del equilibrio en los convenios, por ellas producida, ha recibido particular atención por parte de la doctrina reciente en el Derecho Comparado, con motivo del auge de la normativa atinente a la protección del consumidor, a quien se pretende resguardar de la anomalía”¹⁵⁷².

De esta manera, además de la protección en los contratos en general, se requería en forma especial la protección al consumidor final, como un derecho esencialmente tuitivo, por dicha razón en el año 1998, fue promulgada la Ley 1334, de Defensa del Consumidor y del Usuario, donde en el Capítulo V, contempla la protección contractual, y en donde las cláusulas abusivas, son las siguientes: Art. 28: "Se considerarán abusivas y conllevan la nulidad de pleno derecho y, por lo tanto, sin que se puedan oponer al consumidor las cláusulas o estipulaciones que:

- a) desnaturalicen las obligaciones o que eliminen o restrinjan la responsabilidad por daños;
- b) importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- d) impongan la utilización obligatoria del arbitraje;
- e) permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones de contrato;
- f) violen o infrinjan normas medioambientales;
- g) impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor; y,
- h) impongan condiciones injustas de contratación, exageradamente gravosas para el consumidor, o causen su indefensión.

Para las condiciones injustas¹⁵⁷³ o exageradamente gravosas, también el Código Civil Paraguayo contiene disposiciones, que regula tanto la lesión como la imprevisión. En efecto, el Art. 671 establece: "Si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza, o la inexperiencia de este, podrá el lesionado, dentro de sus años, demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario.

El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación".

La imprevisión que contempla situaciones muy gravosas para una de las partes por efecto de situaciones extraordinaria, está regulada en el Art. 672 que establece: "En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.

La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.

Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlo".

1572 Moreno Rodríguez, José Antonio. Cláusulas Abusivas en los Contratos. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay. Año 1999, pág. 15

1573 Ríos Avalos, Bonifacio. Lesión. En la Doctrina, en la ley y en la jurisprudencia paraguaya. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay, año 2001

1.2. CONTRATO DE ADHESION SEGÚN LA LEY

Establece la ley del consumidor que se debe entender por contrato de adhesión en los siguientes términos: Art. 24º: "Se entenderá por contrato de adhesión, aquél cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar".

1.3. CARACTERES DE LAS LETRAS EN UN CONTRATO DE ADHESION

También la Ley establece el carácter legible a simple vista de las letras utilizadas en los contratos de adhesión, en los siguientes términos: Art. 25º "Todo contrato de adhesión, presentado en formularios, en serie o mediante cualquier otro procedimiento similar, deberá ser redactado con caracteres legibles a simple vista y en términos claros y comprensibles para el consumidor".

1.4. LOS INTERESES DIFUSOS EN LA CONSTITUCION

La Constitución Nacional Paraguaya, del año 1992, consagra la tutela de los intereses difusos en forma expresa dentro del Título destinado a los deberes, derechos y garantías fundamentales. Así, el Art. 38 Del Derecho a la defensa de los intereses difusos: "Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad, del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo".

1.5. LEGISLACIÓN DERIVADA

La Ley N° 1334/98 "De Defensa del Consumidor y del Usuario" establece las normas de protección y de defensa de consumidores y usuarios en el mercado paraguayo. Quedan sujetos a las disposiciones de la ley, todos los actos celebrados entre proveedores y consumidores relativos a la distribución, venta, compra o cualquier otra forma de transacción comercial de bienes y servicios que sean realizados en el territorio nacional.

También la referida Ley especial en la materia, establece: "La defensa en juicio de los derechos que esta ley precautela podrá ser ejercida a título individual como a título colectivo. Será ejercida colectivamente cuando se encuentren involucrados intereses o derechos difusos o colectivos". Tendrán acción el consumidor o usuario, las asociaciones de consumidores que cumplan con los requisitos de los Arts. 45, 46 y 47, la autoridad competente nacional o local y la Fiscalía General de la República.

Las acciones tendientes al resarcimiento por daños y perjuicios sólo podrán promoverse por los consumidores o usuarios afectados. Así el Art. 44 establece: "Para todos los efectos legales se entenderá por "intereses difusos" aquellos intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas al hecho...".

1.6. FINALIDAD DE LA LEY

Esta ley, tiene como objeto proteger al consumidor final en las relaciones de distribución, venta, compra o cualquier otra forma de transacción comercial de bienes y servicios. Se aparta de la concepción tradicional (autonomía de la voluntad) del Código Civil, y va más allá intentando proteger al consumidor final, la parte más débil de la relación comercial de los contratos en masa que caracterizan nuestras relaciones comerciales actuales. Justamente, buscando proteger a la parte más débil en las negociaciones que se dan en las relaciones de consumo de masa, las normas de esta ley prohíben la utilización cláusulas de arbitraje en los contratos de adhesión.

Además, debemos entender que esta ley cumple con un mandato constitucional, puesto que reglamenta los intereses del consumidor contenidos, entre otros, en la Constitución Nacional (del derecho de defensa de los intereses difusos). En la misma ley, se define al proveedor como toda persona

física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa.

Nos queda claro que la intención del legislador es alcanzar con la norma todos aquellos actos que de una u otra manera se realizan en la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios que llegan al usuario o consumidor final.

Dentro de este concepto genérico del consumidor final, se deben incluir, las personas físicas o jurídicas que adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización en el mercado. En este sentido, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor de la Argentina se refiere con claridad al caso, al disponer que: "...No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros...". Dado que esta ley se enfatiza en el consumidor final y no en el mero cliente o adquiriente, en estas relaciones importa básicamente el destino final que se dará a los bienes y servicios adquiridos.

1.7. LAS PERSONAS JURÍDICAS PODRÍAN CONSIDERARSE CONSUMIDORES

La pregunta que se plantea es si las personas jurídicas ¿pueden ser conceptuadas como consumidores?... Ante tal inconveniente, es necesario que reúnan los mismos requisitos que el consumidor final o persona física, y por ello será necesario que la persona jurídica que adquiere los bienes y servicios, no tenga por objeto la comercialización en el mercado de dichos bienes o servicios. Es así, que podría considerarse como consumidores finales a las personas jurídicas sin fines de lucro que adquieran bienes y servicios para su utilización en la realización de sus propósitos sociales, como por ejemplo las fundaciones o asociaciones, etc. Igualmente, los pequeños empresarios podrían hallarse protegidos por esta misma ley.

La Ley N° 1334/98 "De Defensa del Consumidor y del Usuario", que entró en vigencia a partir de 1998, ha merecido innumerables y coincidentes críticas de numerosos sectores, aludiendo defectos de forma y de fondo. Ello ha motivado que la Cámara y Bolsa de Comercio, interesada como está en un recto desenvolvimiento del comercio – con normas claras, sin irracionales gravámenes y trabas – haya tomado la iniciativa de elaborar un proyecto de modificación de la normativa antedicha. Se han sumado a dicha labor otros gremios que coincidieron con la posición de la Cámara.

1.8. PRINCIPALES ASPECTOS DE LA PROTECCIÓN LEGAL

La Ley de Defensa del Consumidor cuenta con 54 artículos, entre ellos se destaca, algunos que regula la fijación de los precios en moneda de curso legal en la República, al preceptuar en el Art. 10: " Los precios de productos o servicios, incluidos los impuestos, deberán estar indicados con la precisión en la oferta, en la moneda de curso legal en el país".

Prohibiciones al proveedor – Dispone el Art. 14 de la Ley citada: "Queda prohibido al proveedor: a) condicionar la adquisición de un producto o servicio a la de otro producto o servicio, excepto cuando por los usos o costumbres o la naturaleza del producto o servicio, éstos sean ofrecidos en conjunto; b) aprovechar la ligereza o ignorancia del consumidor, para lograr el consumo de sus productos o servicios; c) hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos establecidos en esta ley; d) dejar de señalar el plazo para el cumplimiento de su obligación o los plazos respectivos cuando fueren de cumplimiento sucesivo; e) enviar o entregar al consumidor cualquier servicio que no haya sido previamente solicitado; y f) discriminar al consumidor por razones de sexo, edad, religión, raza o posición económica, en la provisión de un producto o servicio ofertado al público en general."

Servicios públicos. Facturas – Con el fin de proteger al consumidor de errores o exageraciones en la facturación de los servicios, el Art. 23 establece: "Cuando el monto de una factura, tasa o precio del consumo sea notoriamente superior al promedio de cuatro facturaciones anteriores, el consumidor o

usuario podrá evitar la interrupción de los servicios públicos o la pérdida de su titularidad, mientras efectúe las reclamaciones administrativas o judiciales, pagando a la entidad proveedora del servicio o depositando a la orden del juzgado interviniente, el monto promedio de las cuatro últimas facturas anteriores, en forma regular. La autoridad de aplicación intervendrá en los casos en que los recargos por mora en facturas de servicios públicos pagadas fuera de término fuesen excesivamente elevados con relación a las tasas activas vigentes en el mercado. El proveedor podrá retirar en todo momento los montos depositados judicialmente por el consumidor o usuario, sin que ello implique consentir el reclamo ni reconocer hechos ni derechos.”

Protección contractual. Retracción – La Ley confiere la posibilidad de la retractación del contrato cuando éste fuera celebrado fuera del establecimiento comercial, al disponer en el Art. 26 : "El consumidor tendrá derecho a retractarse dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por teléfono o en el domicilio del consumidor. En el caso que ejercite oportunamente este derecho, le serán restituidos los valores cancelados, debidamente actualizados, siempre que el servicio o producto no hubiere sido utilizado o sufrido deterioro.”.

2. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS BANCARIOS

2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Al abordar la materia de la responsabilidad emergente del derecho del consumidor, es importante destacar algunos aspectos de la tendencia contemporánea emergente de los nuevos daños y de las nuevas tutelas jurídicas que el derecho al final del siglo veinte pudo concebir.

En el nuevo vademécum figura el derecho ambiental, los intereses difusos y el derecho del consumidor, instituciones recientes que rebasan los límites tradicionales en que se fundan la responsabilidad civil, abandonando la tipicidad cerrada, como también la ilicitud formal hacia la ilicitud material, lo cual significa: "La mudanza de serie de paradigmas: De la responsabilidad como deuda a la responsabilidad como crédito a la indemnización, del daño a la propiedad al daño a la persona, del daño individual al daño colectivo, de la reparación a la prevención"¹⁵⁷⁴.

El principio genérico del deber de no dañar a otro (*Alterum non laedere*), reflota como fundamento del deber de resarcir, en desmedro de las concepciones tradicionales de la responsabilidad civil y la tipicidad. En materia de contratos bancarios, por tratarse de contrataciones en masa, el papel del consentimiento para la conclusión del contrato parece irrelevante, pues, por tratarse de cláusulas generales, preestablecidas e insertadas en formularios impresos, típicamente de adhesión, la voluntad del cliente o consumidor, manifestando su consentimiento a la conclusión de las cláusulas contractuales se halla completamente deprimido¹⁵⁷⁵.

Ante esta nueva realidad de masificación contractual, altera manifiestamente el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que surge la necesidad de establecer pautas de interpretaciones y responsabilidades emergentes de este tipo de contrato, a raíz de dicha necesidad el derecho del consumidor, instrumentalizados mediante leyes de protección al consumidor.

2.2 EL CONTRATO BANCARIO Y EL CONSUMIDOR

La Ley 1334/98 que establece la defensa del consumidor y del usuario, califica como consumidor y usuario a: "toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”.

1574 Lorenzetti, Ricardo Luis. Conferencia sobre “Derecho Romano y Unificación del derecho. Experiencia Europea y Latinoamericana (con especial atención a la responsabilidad extracontractual), pronunciada en la Universidad de Roma, año 2000.

1575 Ordoqui Castilla, Gustavo. Derecho del Consumo. Ediciones del FORO. Montevideo Uruguay. Año 2000, pág. 134

Asimismo, considera como servicio a: "cualquier actividad onerosa suministrada en el mercado, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera de crédito o de seguro, con excepción de las que resulten de las relaciones laborales. No están comprendidos en esta ley, los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por la autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento"

Como podrá advertirse claramente la actividad de naturaleza bancaria, financiera de crédito o de seguro, quedan sujetos a las disposiciones de la ley del consumidor.

2.3 CARÁCTER IRRENUNCIABLE DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

La referida Ley establece normas de protección y defensa de los consumidores y usuarios, en su dignidad, salud, seguridad e intereses económicos y los derechos reconocidos a los consumidores no podrán ser objeto de renuncia, transacción limitación convencional y prevalecerán sobre cualquier norma legal, uso costumbre, práctica o estipulación en contrato (Art. 1º y 2º).

2.4 DERECHOS BASICOS DEL CONSUMIDOR AEN RELACION A LOS CONTRATOS BANCARIOS Y FINANCIEROS

Numerosos son los derechos básicos enumerados por el Art. 6º de la Ley 1334/98, sin perjuicios de demás reconocidos expresamente en la legislación ordinaria, o en alguna legislación especial. Lo referente a las normas aplicables a los contratos bancarios se podrá señalar:

- a) la adecuada educación y divulgación sobre las características de los productos y servicios ofertados en el mercado, asegurando a los consumidores la libertad de decidir y la equidad en las contrataciones;
- b) la información clara sobre los diferentes productos y servicios con las correspondientes especificaciones sobre la composición, calidad precio y riesgo que eventualmente presenten;
- c) la adecuada protección contra la publicidad engañosa, los métodos comerciales coercitivos o desleales, y las cláusulas contractuales abusivas en la provisión de productos y prestación de servicios;
- d) la efectiva prevención y reparación de los daños patrimoniales y morales o de los intereses difusos ocasionados a los consumidores, ya sean individuales o colectivos.

2.5. DEBER DE INFORMAR EN IDIOMA OFICIAL. VISIBLE Y PROHIBICION

La información veraz es uno de los principales derechos de los consumidores. Dicha información debe ser con la debida anticipación, en idioma oficial y en letra visible. Es decir, en letras que sean susceptibles de ser leídas a simple vista, sin necesidad de recurrir en la generalidad al auxilio de los anteojos, incluso en otras legislaciones se establece de antemano el tamaño de las letras que se utilizarían en los formularios impresos que contienen los contratos preconstituidos o de adhesiones.

Si bien, nuestra ley no dispone expresamente sobre la misma, sin embargo, se puede colegir que lo que se pretende es la redacción de contratos que pudieran ser leídos a simple vista, al establecer las siguientes disposiciones:

Art. 8º: "Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes o presten servicios, suministrarán a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, eficaz y suficiente sobre las característica esenciales de los mismos.

La oferta y presentación de los productos o servicios asegurará informaciones correctas, claras, precisas, y visibles, escrita en idioma oficial, sobre sus características, cualidades, cantidad, composición, precio, garantía, plazo de validez, origen, dirección del local del reclamo, y los riesgos que presenten para la seguridad de los consumidores, en su caso". El Art. 10º dispone: "Los precios de productos o servicios, incluidos los impuestos, deberán estar indicados con precisión en la oferta, en la moneda de curso legal en el país".

Entre las prohibiciones más importantes para el proveedor del servicio radica principalmente, en la protección en los contratos a la parte más débil, en este caso es el consumidor, por lo que se prohíbe el aprovechamiento de las condiciones de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente a la empresa proveedora del servicio, sea bancario o financiero. La ley, toma como elementos subjetivos la ligereza y la ignorancia, que obviamente, debe concurrir con el elemento objetivo surgido de la prestación que consiste en el perjuicio o lesión al derecho del agente consumidor.

Asimismo, se debe puntualizar que esta figura tiene sus antecedentes ya en el Código Civil Alemán del año 1900, al formular con mucha precisión en su Art. 138 la figura de la lesión, como uno de los motivos para declarar la nulidad (invalidez), en nuestro Código Civil paraguayo se ha incorporado en la disposición del Art. 671, donde otorga la dos vías para la solución jurídica del caso, referidas a la nulidad o a la modificación equitativa.

El Art. 14 de la Ley 1334/98 dispone: "Queda prohibido al proveedor inc. b) "Aprovechar la ligereza o ignorancia del consumidor para lograr el consumo de sus productos o servicios" f) "discriminar al consumidor por razones de sexo, edad, religión, raza o posición económica, en la provisión de un producto o servicio ofertado al público en general".

2.7. PROTECCION CONTRACTUAL ESPECÍFICA

El derecho del consumidor es un derecho tuitivo, pues protege a un sector considerado por la legislación como la parte más débil de la relación contractual, que son los consumidores. Por dicha razón, en primer término la ley protege de las publicidades engañosas, posteriormente busca otorgar la debida información a los mismos y finalmente en las impresiones de los contratos en formularios, que son típicamente los contratos de adhesiones, también la ley exige la redacción con letras legibles a simple vista y con términos claros que no pudiera confundir al hombre común.

El Código Civil Paraguayo, adelantándose a presente ley del consumidor, estableció en materia de interpretación de contratos de adhesión, que en caso de duda, siempre se interpretará a favor del adherente (Art. 713).

En el mismo sentido la legislación ordinaria dispone que los contratos de adhesión que contengan cláusulas limitativas o leoninas, se podrá eximirse del cumplimiento al adherente o pedir al Juez su modificación equitativa (Art. 691). Es decir, lo que el Código Civil ha establecido una regulación adecuada de las relaciones contractuales, a fin de que la justicia conmutativa y sinalagmática presida las relaciones contractuales.

La interrelación entre las prestaciones, constituye el fundamento más sólido para la intervención de la ley en los negocios particulares, específicamente, en los actos a título oneroso donde la motivación jurídica es la recíproca transmisión de derechos, bienes o servicios, que finalmente debe guardar una equidistancia entre sí.

Así el Art. 27 de la Ley 1334 dispone: "Las cláusulas contractuales serán interpretadas de manera más favorable al consumidor". Igualmente califica como contrato de adhesión, a todos los contratos sean públicos o privados aprobado por autoridad competente o redactado unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor pueda discutir o modificar las cláusulas del contrato.

2.8. ACCION CONTRA EL PROVEEDOR O VENDEDOR

La acción del consumidor o usuario podrá dirigirse tanto contra el vendedor o proveedor del producto nocivo, esta acción se funda en el contrato existente entre el usuario o consumidor y el vendedor o proveedor, por lo que constituye una garantía¹⁵⁷⁶ o seguridad que se debe ofrecer por los productos que se vende.

1576 Hernández, Carlos Alfredo. Publicación en la Ley Paraguaya, publicación del año 2010

Para la Ley 1334 de Defensa del Consumidor y del Usuario, se denominará proveedor a "toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolla actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por lo que cubre un precio o tarifa" (Art. 4º inc. b), asimismo, la ley dispone que queda sujeto a sus disposiciones todos los actos celebrados entre proveedores y usuarios, bajo cualquier forma de transacción comercial (Art. 3º), por tanto, si bien la relación jurídica formada entre el proveedor y el consumidor es de naturaleza especial al caer bajo la protección de la ley 1334, sin embargo, la acción que surge es de naturaleza contractual, pero el fundamento real del deber de resarcir es el riesgo creado por la elaboración de los productos que se ha distribuido masivamente al consumidor.

2.9. CARACTERES DEL CONTRATO DE CONSUMO Y PRINCIPIOS DEL NUEVO DERECHO

Lorenzetti explica claramente cuales son los nuevos caracteres de la contratación masificada, donde se ha superado todo tipo de análisis detenido del negocio a realizar, que impide la rigurosa aplicación de la autonomía de la voluntad que gobernó el derecho privado del siglo pasado, pues el incremento de la complejidad social ha dado nacimiento como verdadero principio a la apariencia y a la confianza.

Las sociedades "maduras que se van fraccionando en múltiples sectores autonómicos, que van cambiando su escala cuantitativa hacia dimensiones masivas y planetarias, que aceleran el tiempo y la sofisticación de los dispositivos de consumo, todo lo cual presenta relaciones distantes, anónimas hiperplejas. Como principio jurídico y regla hermenéutica tanto la confianza como la apariencia, se hace prisionero de ella"¹⁵⁷⁷.

Sin duda alguna, la confianza en la apariencia es un principio dominante en este tipo de contrataciones, es un redimensionamiento de la buena fe que debe presidir todos los negocios jurídicos, pues, esto significa la creencia en la apariencia, en la forma extrínseca de las cosas y en la verosimilitud de lo declarado, de lo expuesto, lo cual se concluye como un elemento esencial de la actual contratación y particularmente en materia de derecho del consumidor.

La masificación de los contratos, constituye otro aspecto de esta nueva relación, pues los proveedores o prestadores de servicios celebran contratos con numerosa cantidad de usuarios o consumidores, por lo que redactan contratos tipos, como si fueran formularios, con cláusulas predeterminadas y destinadas a la masa, con carácter supraindividual.

La adhesión, constituye otro aspecto relevante de los contratos de consumidores, la ley paraguaya utiliza el término "acto jurídico" cualquiera que crea una relación comercial entre el sujeto proveedor y el consumidor, en razón que en algunos casos no reúnen la calidad técnica de un contrato, pues se presentan como solicitudes, formularios etc., sin embargo, la generalidad y la rigidez de las condiciones establecidas en dichos instrumentos hace que se convierta en un contrato típicamente de adhesión y en consecuencia, se rigen por las cláusula más favorable al adherente. Igualmente, la ley prevé la nulidad de las cláusulas leoninas o abusivas, como aquellas que permiten la modificación unilateral del precio o de las otras condiciones del contrato, las que violen normas ambientales, las que restrinjan o eliminen responsabilidades por daños, las que impongan la inversión de la carga de la prueba, las que establezcan renuncia del derecho o restrinjan derechos del consumidor, las que impongan condiciones injustas o exageradamente gravosas para el consumidor (Art. 28).

¹⁵⁷⁷ Lorenzetti, RicardoLuis. Conferencia en la Universidad de Roma sobre unificación del Derecho, con especial atención a la responsabilidad extracontractual.

Al analizar rápidamente estas protecciones se concluye que la autonomía de la voluntad en esta materia ha sido restringida ostensiblemente, el factor confianza fundado en la apariencia demostrada por el ofertante constituye el fundamento de la protección legal.

La modificación de la carga de la prueba, es otra de las características basada en la confianza depositada en la apariencia, en razón de que el contratante no estaría requiriendo al sujeto que se encuentra en la ventanilla de un banco su representación convencional como factor.

El principio a favor del consumidor, se inscribe igualmente como aspecto resaltante de este nuevo derecho, que impone una interpretación de las cláusulas contractuales a favor del consumidor, por tratarse de la parte más débil de la relación.

Por último se podría mencionar la responsabilidad extracontractual fundada en el riesgo creado y en la apariencia demostrada por el proveedor, según los términos de nuestra Ley.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EMERGENTE DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR CONSIDERACIONES GENERALES

Al abordar la materia de la responsabilidad civil emergente del derecho del consumidor, previamente es importante destacar algunos aspectos de la responsabilidad en general y la tendencia contemporánea emergente de los nuevos daños y de las nuevas tutelas jurídicas que el derecho al final del siglo veinte pudo concebir¹⁵⁷⁸.

En el nuevo vademécum figura el derecho ambiental, los intereses difusos y el derecho del consumidor, instituciones recientes que rebasan los límites tradicionales en que se fundan la responsabilidad civil, abandonando la tipicidad cerrada, como también la ilicitud formal hacia la ilicitud material, lo cual significa: "La mudanza de serie de paradigmas: De la responsabilidad como deuda a la responsabilidad como crédito a la indemnización, del daño a la propiedad al daño a la persona, del daño individual al daño colectivo, de la reparación a la prevención"¹⁵⁷⁹.

El principio genérico del deber de no dañar a otro (*Alterum non laedere*), reflota como fundamento del deber de resarcir, en desmedro de las concepciones tradicionales de la responsabilidad civil y la tipicidad. El Código Civil Paraguayo, no cuenta con una norma genérica que imponga el deber de no dañar, como se contempla en el proyecto actual presentado por el Dr. Atilio Aníbal Alterini para la Rca. Argentina¹⁵⁸⁰. Sin embargo, el punto de partida que impone el deber de reparación se contempla en el Art. 1833 que dispone: "El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa, se debe igualmente la indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente." Mas adelante se tipifica la ilicitud formalmente, al igual que su antecedente el Código Civil de Veléz Sarsfield, y así el Art. 1834 preceptúa: "Los actos voluntarios sólo tendrán el carácter de ilícito:

a) Cuando fueren prohibidos por las leyes, ordenanzas, u otras disposiciones dictadas por la autoridad competente. Quedan comprendidas en este inciso las omisiones que causaren perjuicios a terceros, cuando la ley o reglamento obligare a cumplir el hecho omitido;

1578 Vázquez Ferreira, Roberto. Responsabilidad Civil de las Tabacaleras por Consumo de Cigarrillo y Aceptación de Riesgos. Artículo publicado en la revista La Ley Paraguaya, año 2010

1579 Lorenzetti, Ricardo Luis. Conferencia sobre "Derecho Romano y Unificación del derecho. Experiencia Europea y Latinoamericana (con especial atención a la responsabilidad extracontractual), pronunciada en la Universidad de Roma, año 2000.

1580 El Art. 1585 del Proyecto de Código Civil de la Rca. Argentina establece: "Prevención del daño. Toda persona tiene el deber en cuanto dependa de ella: a) De evitar causar un daño no justificado; b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño, del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. c) De no agravar el daño".

- b) Si hubieren causado un daño, o produjeran un hecho exterior susceptible de ocasionarlo; y
- c) Siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratase de una simple contravención".

4. CLASIFICACION DE LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO PARAGUAYO

Según un sector muy importante de la doctrina, liderada por Bustamante Alsina, en el ordenamiento jurídico se puede sintetizar los diferentes factores de atribución de la responsabilidad civil que son: a) los factores subjetivos, donde estarían incursos los daños producidos por hecho propio, por hecho ajeno, como la responsabilidad de los padres, tutores y curadores, directores de colegio y la responsabilidad contractual; b) los factores objetivos y dentro de los mismos se hallan: el factor "garantía", donde quedan incorporados los hechos de los dependientes, ejercicio de la función y el acto ilícito del subordinado y en materia de responsabilidad contractual se halla inmersa la obligación de seguridad y la de garantía propiamente dicha como la responsabilidad de los dueños de los hoteles y casas de hospedaje, responsabilidad de capitanes de barcos y agentes de transporte terrestre. Otro factor es el "riesgo", que incluye a los daños ocasionados por las cosas inanimadas en general, de los productos elaborados en cuyo caso particular la responsabilidad va en cascada del proveedor o del vendedor, del productor o del fabricante, esta materia mereció una legislación especial y una protección particular incorporado dentro del derecho del consumidor. Igualmente, en este punto se incorpora la responsabilidad por los animales, en la responsabilidad contractual figura la emergente por accidente de trabajo, de transporte de personas, transporte aéreo. Los tres últimos factores de atribución son: la equidad, el abuso del derecho, y el exceso de la normal tolerancia entre los vecinos.¹⁵⁸¹

Otros autores como De Cupis Adriano, siguiendo a otras legislaciones, como la italiana, clasifica la responsabilidad en directa e indirecta, la primera responde a los daños ocasionados por hechos propios y la segunda es la "que recae en una persona extraña a la producción causal del daño, o sea, la responsabilidad producida por una causa totalmente ajena".

En el sistema jurídico la responsabilidad directa constituye la regla, o sea, la responsabilidad por hecho propio. Y la responsabilidad indirecta adquiere un puesto relativamente secundario, si bien, conviene destacar la mayor importancia que en determinadas esferas jurídicas ha hecho que adquiera en el mundo actual un papel relevante pero no suficiente para hacer olvidar o desarticular la regla constituida por la responsabilidad directa.

Sin embargo, el Código Civil Paraguayo la materia de la responsabilidad civil se halla regulada en el Libro III, "De los Contratos y de las Otras Fuentes de la Obligaciones" y se estructuró en tres capítulos el espectro de la responsabilidad civil, dividiendo el título VIII en cinco capítulos, en el capítulo I, se regula la responsabilidad por hecho propio, en el capítulo II, la responsabilidad por hecho ajeno y en el capítulo III, la responsabilidad sin culpa. Los demás capítulos se refieren a la estimación y liquidación del daño y el ejercicio de la acción civil y su vinculación con la acción penal. La regulación de los factores de atribución de la responsabilidad civil de carácter extracontractual, se halla regulada en los artículos 1833 a 1854, en el orden expuesto más arriba.

Se debe destacar que similarmente a los códigos tradicionales, como el francés y el italiano, el tratamiento de la responsabilidad civil contractual y extracontractual continua separado, tratándose la responsabilidad civil emergente del contrato en los Arts. 421, 422 y siguientes, ubicado metodológicamente en el Libro Segundo, Capítulo I, de las Obligaciones en general. Es importante poner de relieve que un sector ponderable de la doctrina sostiene la aglutinación del conjunto de normas

1581 Bustamante Alsina, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1997. De-cupis, Adriano. El daño, Edición II. Barcelona 1975.

reguladoras de la responsabilidad civil en un capítulo único y común y asimismo la unidad en materia de resarcimiento.

La ley del consumidor establece que la protección jurídica reconocida en ella podrá ser exigida individualmente por el consumidor o colectivamente cuando se encuentren involucrados intereses difusos, también podrán ser ejercidos por las asociaciones de consumidores y, finalmente, por la Fiscalía General del Estado. Sin embargo, en materia de indemnización por daños y perjuicios sólo podrán promoverse por los consumidores o usuarios afectados (Art. 43 ap. 3 Ley 1.334).

Además se contempla la nulidad de las cláusulas relativas a la renuncia del consumidor, al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor (Art. 28 inc g). También se debe destacar que entre los derechos básicos del consumidor se encuentra el de hacer efectiva la prevención y reparación de los daños patrimoniales y morales de los intereses difusos ocasionados a los consumidores, ya sean individuales o colectivos (art. 6 inc f). En materia de servicio público el consumidor o usuario tiene el derecho al suministro correcto e ininterrumpido del servicio, y a demandar los daños y perjuicios que le irrogare la mala calidad, los defectos o las interrupciones del servicio.

Según la ley en cuestión, las indemnizaciones que se deben reclamar se harán ante la jurisdicción ordinaria, conforme se desprende del Art. 51 de la mencionada ley y en consecuencia al remitirse el resarcimiento a la legislación común se estudiará los daños y su quantum de conformidad a las disposiciones del Código Civil Paraguayo.

Los daños que motivan el presente análisis son aquellos que son susceptibles de ser ocasionados por la cosa objeto de la prestación en sí misma, a causa de defecto o fallas de fabricación que se tornan nocivas y en consecuencia, surge la pregunta, ¿si quien o quienes serán responsables por los daños emergentes de tales defectos o vicios?. El usuario o consumidor requiere de una protección jurídica frente a cualquier compra que realiza en un supermercado, almacén o si ingiere un alimento en mal estado en un Restaurante con sustancias tóxicas que determinen su afección a la salud o su muerte o un automóvil adquirido de la representación que sufre un desperfecto al conducir, por fallas de la dirección del freno etc., causando accidente fatal. En la actualidad, los ejemplos abundan y la jurisprudencia en el mundo recoge circunstancias inéditas, por tratarse de servicios cumplidos masivamente sean públicos o privados, consumo realizado también masivamente, la enorme cantidad de productos elaborados, la masificación de los contratos de compraventa, de los contratos de adhesión celebrados por los bancos, entidades financieras, de crédito, de seguros, de medicina prepagas, etc.

En los lugares altamente industrializados y densamente poblados como Europa y Estados Unidos de América, se ha desarrollado suficientemente esta parte del derecho y desde allí fueron transmitidos a Sudamérica, donde los países componentes del bloque del MERCOSUR cuentan con legislaciones reguladoras del mismo, así tenemos en la República Argentina una ley especial (24240, modificada por la Ley 24999), que establece la responsabilidad objetiva del productor fabricante, importador, distribuidor, proveedor del bien, vendedor y titular de marca.

Igualmente en el Brasil existe una ley especial de defensa del consumidor (Ley 8078) que también establece una responsabilidad objetiva derivada por daños causados por productos y servicios y la responsabilidad subjetiva derivada de hechos delictivos típicos calificados en la misma ley. Finalmente como se ha dicho anteriormente, en el Paraguay al igual que en la legislación uruguaya los casos de daños ocasionados al consumidor en virtud de la relación jurídica de consumo reenvía a las disposiciones del Código Civil.

5. LA SITUACIÓN EN AMÉRICA LATINA

En América Latina recién después de la década del 60 comenzaron tímidamente a surgir la inquietud para la protección de los intereses del consumidor, talvez fue Colombia el primer país pre-ocupado por la suerte de aquél. Sin embargo, en esa época ya con claridad surgía como un derecho

autónomo en la Legislación europea y norteamericana; pero, en rigor recién en estas dos últimas décadas que en los demás países alcanzaron fuerzas por el reconocimiento de este derecho y se organizaron las instituciones destinadas a la protección de los consumidores.

5.1 NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN

Siguiendo la opinión de Gabriel Stiglitz y otros en la obra: "Defensa de los consumidores, de productos y servicios", "Las normas armónicas nacionales deben tender a lograr los standards comunes más elevados si no queremos favorecer paraísos que pronto se transformen en infiernos para consumidores y proveedores. A ello se deberán enfrentar los múltiples procesos de integración subregional que se inician en América, y ello deberá ser tenido en cuenta en los acuerdos de complementación económica que se están negociando actualmente. La solución más avanzada es la que se ha logrado en la Comunidad Europea, donde se ha elaborado un verdadero nuevo orden jurídico – el derecho comunitario – que se impone al derecho nacional de cada uno de sus Estados miembros. Aunque por aquí estemos lejos de ello, mucha de esta experiencia debería servir y ser recogida a los efectos de lograr las mejores leyes y disposiciones nacionales comunes. Un buen ejemplo es el de la necesidad de legislar con criterios comunes en materia de publicidad, ya que ésta circula por los más variados medios a través de todo el continente, donde emisor y receptor pueden estar sujetos a legislaciones diversas. También aquí pueden ser buena guía la necesidad que tuvieron los países miembros del Consejo de Europa de regular la publicidad transmitida por televisión cuando ésta es recibida en países distintos al país emisor (Convención de Estrasburgo de 1989).

La pregunta es ¿porqué una política de protección de los consumidores a nivel de la Comunidad Económica Europea?. Las consideraciones que explican el desarrollo del derecho del consumo en cada uno de los Estados miembros, explican la emergencia de una misma política a nivel de la CEE.

Las razones son de orden económico y social; aprehensiones ligadas al agotamiento del mercado interno previsto para 1993, refuerzan la necesidad de una política de ayuda al consumidor europeo. El proceso de integración económica de la

Comunidad, a saber la formación del mercado común, pero sobre todo la conclusión del mercado interior, trae como consecuencia inevitable la necesidad de proteger a los consumidores en el mercado amplio, así creado.

5.2. EN EL MERCOSUR

EL MERCOSUR (Mercado Común del sur) reconoce una peculiaridad de constituir una organización interestatal lo cual, requiere que las Convenciones, Acuerdos o Protocolos, sean incorporados al derecho positivo interno, mediante el sistema tradicional de la ratificación parlamentaria, ni los directivos, ni las resoluciones de los órganos del Mercosur tienen efecto directo, por dichas razones es indispensable convenir regionalmente las reglas a

ser aplicadas aunque mínimamente en ésta materia y particularmente referente a esta nueva materia que surge de la necesidad de amparar el derecho humano de tercera generación nacido al final de este siglo.

Inevitablemente debe ser el primer paso, para luego estudiar la posibilidad de contar con un espacio de justicia común mediante la instalación de un tribunal comunitario capaz de juzgar los problemas derivados del Derecho Comunitario.

“REFORMAS INTRODUCIDAS A LA LEY 24.240 DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR POR LA LEY 26.361”

Dr. Juan Manuel Aparicio

Miembro de Número
de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina

1.– LA TUTELA JURÍDICA DEL CONSUMIDOR. ETAPAS.

1.1.– Razones de la tutela. La vulnerabilidad del consumidor.– Se vive hoy la denominada sociedad de consumo, porque todos somos consumidores. El derecho que se relaciona con esa faceta de la persona, constituye la disciplina jurídica de la vida cotidiana en la sociedad actual. Las condiciones en que se desenvuelve la economía de mercado evidencian una disparidad en el poder de negociación dominante de productores, profesionales o proveedores en sus vinculaciones con los consumidores. Ello determina que éstos se encuentren en una situación de vulnerabilidad que obedece a diversos factores: a) defectos en la estructura competitiva de los mercados; b) dificultades e insuficiencia en la información de los consumidores; c) estandarización de los contratos; d) deficiencias en las condiciones de seguridad en que se desenvuelve el consumo; y e) dificultades del consumidor para el acceso a la justicia. Lo señalado determina la necesidad de tutelar al consumidor en las relaciones de consumo. El conjunto de normas e instituciones que cumplen con este propósito, integran lo que cuadra denominar derecho del consumidor. La construcción jurídica del status de la persona referido a su posición de consumidor, es de data reciente. Se ha originado en la sociedad opulenta de los países de la sociedad occidental cuando accedieron al estadio del capitalismo avanzado. Ocurrió primeramente en Estados Unidos de Norteamérica y su instrumentación jurídica fue precedida de una organización espontánea de consumidores, con un intenso movimiento que trascendió a la opinión pública y se tradujo en acciones concretas, siendo denominado, acuñando un neologismo equivalente en nuestra lengua, “consumerismo”. Despertó primordialmente la atención concreta del legislador en la década del sesenta del siglo pasado. Se extendió a Europa continental a fines de dicha década y particularmente en los años setenta de mil novecientos.-

1.2.– La ley 24.240.– En la República Argentina, se concretó el influjo de esta orientación en el año 1993, con la sanción de la ley 24.240, dictada por el Congreso de la Nación el día 22 de septiembre de 1993, promulgada parcialmente el 13 de octubre y publicada el 15 de octubre del dicho

año. La sanción legislativa fue objeto de un veto parcial por el Poder Ejecutivo mediante el decreto 2089/93, que le amputó una parte trascendente de su articulado, preceptos que constituyen un lugar común en normativas de esta índole, tales como el régimen de garantías legales en la comercialización de cosas muebles no consumibles o la responsabilidad por los daños ocasionados a raíz de los vicios o riesgos de los productos o servicios. Los argumentos en que se fundó el veto no resisten el análisis crítico, ni el examen serio.-

1.3.– La reforma constitucional de 1994.– Una nueva etapa es la que se inauguró con la reforma constitucional que se sancionó el año siguiente, esto es, 1994. En esa reforma, a la tutela de los derechos civiles y políticos, cuyo valor guía es la libertad, denominados derechos de primera generación y a la protección a los derechos sociales que conforman el constitucionalismo social y cuyo valor guía es la igualdad, conocidos como derechos de segunda generación, se sumó la tutela de los derechos denominados de tercera generación, que constituyen una respuesta de la sociedad y del orden jurídico a los problemas ocasionados por la revolución industrial y el avance de la tecnología. Se trata, entre los principales objetivos, de impedir que se degrade la calidad de vida y del medio ambiente; de poner a resguardo a la privacidad contra las agresiones de la tecnología y de garantizar el correcto desenvolvimiento de la competencia y del consumo. Estos derechos de tercera generación tienen como valor guía a la solidaridad y como rasgo, que suele ser peculiar, una dimensión colectiva o supraindividual que los ubica dentro de la categoría de intereses difusos o, como los denomina la reforma constitucional, derechos de incidencia colectiva.-

En ese orden de ideas, el art. 42 de la Constitución incorporado por la reforma de 1994, consagra los derechos de los consumidores y usuarios y sienta las bases constitucionales de una legislación que debe hacer efectiva esa tutela. Dispone lo siguiente: *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.-

1.4.– La ley 24.999.– A la amplitud con que la Constitución ordena la protección de los consumidores y usuarios, se le contraponía la estrechez con que la ley 24.240 la reglamentaba, como consecuencia del veto presidencial. Después de las reformas de alcance menor llevadas a cabo por las leyes 24.568 y 24.787, la ley 24.999, sancionada el 1 de julio de 1998, le restituyó a la ley 24.240 la imprescindible normativa que inexplicablemente le había sustraído el veto, específicamente la garantía del art. 11 y la responsabilidad del art. 40, reestablecidas en estos convulsivos virajes a los que estamos acostumbrados.

1.5.– La ley 26.361.– Otra nueva etapa se abre con la sanción de la ley 26.361, que ha introducido importantes modificaciones al régimen legal. Más allá del acierto de alguna de ellas, se ha criticado, con razón, la deficiente técnica en la elaboración de sus normas, con imprecisiones que siempre atentan contra la seguridad jurídica. Por otro lado, también se reprocha que se haya perdido la oportunidad de incluir otras modificaciones en puntos básicos del contenido que podría haber sido reelaborado o completado. Finalmente, se critica el espíritu de sobreprotección para el consumidor que estimuló su sanción, en una materia donde debe buscarse el razonable equilibrio de los factores

que deben ponderarse, porque cuando este equilibrio se quiebra el resultado final puede conducir a la frustración de lo que se persigue.-

2.- LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR

2.1.- La noción de consumidor en la ley 24.240.– La nueva ley ha procurado ampliar el ámbito de la aplicación de sus normas, vale decir, la extensión de la esfera de la legitimación activa para invocar la protección que reglamenta. Dicho ámbito se vincula con la noción de consumidor. Según la ley 24.240, se consideraban como consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contrataban a título onerosos para su consumo final o beneficio propio de su grupo familiar o social. Dentro de esa conceptualización del consumidor, adoptaba un criterio de linaje económico. Consumidor es el destinatario final de bienes y servicios; es quien se sitúa en el momento final de un circuito económico para aprovecharse de los bienes y servicios que se producen, distribuyen y comercializan en el mercado, a fin de atender necesidades propias o de su grupo familiar o social y no para el desenvolvimiento de otra actividad negocial ni para volver a introducirlos en el mercado. El consumo que interesa a los fines legales es el que comporta la circulación de los bienes y servicios. En consecuencia, el consumidor se encuentra vinculado con otra persona, como extremos de una relación. Dicha relación configura un vínculo entre el consumidor y la otra parte, por vía de regla, contractual, dada la naturaleza de la operación económica que se lleva a cabo; se trata de un contrato de cambio, que es la expresión paradigmática de un contrato oneroso. La ley 24.240 prescribía que los contratos onerosos que celebraba el consumidor podían tener como objeto: a) La adquisición o locación de cosas muebles. b) La prestación de servicios. c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.

2.2.- La noción de consumidor no puede ser unívoca.– Ahora bien, se ha considerado siempre que el concepto de consumidor, la noción concreta de él, no puede ser unívoca, sino que debe construirse según la norma legal que le brinde protección. Inclusive dentro de la ley 24.240, cabía distinguir una noción abstracta de consumidor, que comprende a todos los individuos que pueden revestir tal carácter. De esa noción se hace uso cuando se propugna la educación del consumidor, se habla de su seguridad o se lo intenta resguardar de la publicidad engañosa. La noción de consumidor comprende tanto al que ha contratado, como a veces a los potenciales contratantes o a grupos de personas que han intervenido en similares relaciones de consumo. Puede incluir no tan sólo al consumidor jurídico que adquiere y contrata sino también al consumidor material que aprovecha y disfruta. La ley, al reglamentar la tutela del consumidor, es dable que extienda la protección a personas que no son consumidores *strictu sensu* sino terceros equiparados a los consumidores, a los fines de tal tutela.

2.3. La noción de consumidor y la relación de consumo.– Lo cierto es que esta noción de consumidor fundada de modo general, en un contrato, fue tildada de insuficiente por parte de la doctrina y se propició su sustitución por la noción de relación de consumo, objeto de tutela en el art. 42 de la Constitución Nacional. Dicho precepto, como se ha indicado, enuncia derechos que debe reconocérseles a los consumidores en las relaciones de consumo, pero en manera alguna define cual es la amplitud de dichas relaciones. El significado más normal que cabe asignarles a tales vínculos, es que se trata de relaciones que se dan entre los protagonistas institucionales por antonomasia que actúan en el mercado, proveedores y consumidores, derivadas de las operaciones que se celebran en el intercambio de bienes y servicios. Sin embargo se sostuvo que dicha relación de consumo, según el texto constitucional, no sólo podía derivarse de un contrato, sino también de un acto unilateral o de un simple hecho jurídico o de un acto ilícito. En torno de estos ejes se practicó la reforma. Según se desprende del análisis de la discusión del proyecto en el Senado de la Nación – discusión que revela un precario manejo del utillaje conceptual y antecedentes comprometidos en este importante tema– se consideró que debía superarse la visión contractualista del enfoque de la ley 24.240. La

doctrina que había formulado estos reparos propiciaba seguir los lineamientos del Código brasileño de defensa del consumidor, ley 8078, del 11 de septiembre de 1990.-

2.4.– La noción de consumidor en Código brasileño de defensa del consumidor.– Dejando de lado los intentos de sistematización teórica o doctrinaria, desde un punto de vista estricto de técnica legislativa, este Código se vale de un sistema preciso y claro para individualizar quienes son las personas que la ley tutela. En primer lugar, de modo general, en su art. 1º enuncia un concepto genuino o directo de consumidor, como toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final. A renglón, seguido, dispone que se equipara al consumidor la colectividad de personas, aunque sean indeterminadas, que hayan intervenido en las relaciones de consumo. Se trata de una universalidad de un mismo grupo o clase de consumidores relacionados con determinados productos o servicios, perspectiva relevante y realista para la individualización de los denominados intereses difusos ya se trate de intereses colectivos, propiamente dichos, o de intereses individuales homogéneos de origen común. A su vez, concretamente, cuando considera que la protección legal debe extenderse a otras personas que no encuadran en esa noción en sentido genuino y directo de consumidor, extraños a esa relación de consumo *stricto sensu*, la ley lo establece expresamente. Particularmente, ello ocurre con los daños causados por los vicios de los productos o servicios que con bastante frecuencia afectan no solamente al consumidor sino a terceros extraños a la relación de consumo, los denominados *bystanders*. Pues bien, dispone el art. 17 del Código brasileño, que a estos efectos se equiparan al consumidor “todas las víctimas del evento. Siguiendo este criterio, cuando en el capítulo V trata de las prácticas comerciales, englobando la oferta, la publicidad, las prácticas abusivas, la cobranza de deudas y bancos de datos y catastros de consumidores en el primer artículo del capítulo, el 29, dispone que se equiparan a los consumidores las personas determinadas o no expuestas a las prácticas previstas. La tutela legal no se restringe al consumidor en sentido genuino y directo, el que adquiere o utiliza productos o servicios, sino que se extiende a todos aquellos terceros, consumidores potenciales, que pueden estar expuestos a tales prácticas reprobadas, lo que facilita enormemente el ataque preventivo contra los comportamientos que la ley descalifica.-

A. 2.5.– El camino seguido por la ley 26.361.– *La ley 26.361 ha elegido otro camino. Trata ab initio de incluir todas estas situaciones en una noción ampliada de consumidor, desconectada de las hipótesis concretas en que la ley les brinda tutela a los consumidores equiparados, con lo que la fórmula utilizada pierde claridad, amén de terminar revistiendo contornos imprecisos. El art. 1º de la ley 26.361, comienza enunciando la noción directa de consumidor: Se entiende por consumidores o usuarios a “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita o onerosa como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. En forma sobreabundante agrega “queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados o figuras afines”. Dispone a continuación de modo excesivamente indefinido, que se considera consumidor o usuario a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Finalmente, incluye “a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. La referencia genérica a estos consumidores equiparados, terceros extraños a la relación de consumo, provoca que en su individualización se ensayen en la doctrina diversas respuestas. Casi todos los supuestos se mencionan hacen referencia a terceros que sufren perjuicios por los vicios o riesgos de los bienes o servicios, amén de los terceros que pueden quedar expuestos a las prácticas abusivas o publicidad engañosa. Dentro de la indefinida referencia a los terceros que sin ser parte en una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquieren o utilizan bienes o servicios como destinatarios finales en beneficio propio o de su grupo familiar o social, se pone como ejemplo los contratos a favor de terceros, como el beneficiario de un seguro de vida o, en el seguro de responsabilidad civil, el conductor autorizado. Ellos no son parte en el contrato de seguro, susceptible de configurar un contrato de consumo, pero se le extienden sus efectos. Cabe aclarar que el seguro de responsabilidad civil, no constituye un contrato a favor de tercero, en cuanto el asegurador se hace cargo de las con-*

secuencias dañosas del obrar antijurídico del asegurado. No media una conexión razonable entre este contrato y el damnificado que por consecuencia de ese obrar tiene un crédito contra el autor del acto ilícito, y es el legitimado activo de una pretensión resarcitoria. Desde este punto de vista, no es dable considerarlo un destinatario final con motivo o en ocasión de una relación de consumo precedente, representada por el contrato de seguro. La cuestión que ya se discute, es si esta modificación reviste alguna trascendencia respecto a la controversia sobre si la franquicia, como límite de la cobertura, establecida obligatoriamente por la Superintendencia de Seguros e la Resolución 25.429/97, es oponible al damnificado, tercero transportado o no, en el seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, tema que ha tenido soluciones diametralmente opuestas tanto en el conocido plenario del caso Obarrio, como por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos, Nieto, Villareal y Cuello. Todo lo dicho confirma que hubiera resultado más aconsejable el tratamiento dado a la cuestión por la ley brasileña sobre el particular.-

2.6.– La ampliación de la tutela.– Resta tan sólo señalar que la noción de consumidor o usuario ha sido ampliada al eliminarse la referencia específica al objeto de los contratos de consumo, con lo que se incluyen sin restricciones los concernientes a inmuebles. Asimismo, cabe observar que la inclusión de los contratos a título gratuito, debe tener una interpretación razonable, ajustada a los lineamientos que ya le había asignado el decreto reglamentario de la ley. Tiene el alcance de una excepción, cuando tales adquisiciones se producen en función de una eventual contratación a título oneroso, como son las hipótesis de muestras gratis, los concursos, sorteos y premios organizados por los proveedores para estimular las ventas, amén de los estacionamientos en shopping centers o hipermercados.–

2.7.– La noción de proveedor.– Este cuadro debería completarse con la noción de proveedor, la que plantea diversas cuestiones: a) La definición la suministra el art. 2º, que sustancialmente, utiliza la fórmula empleada por el art. 3º del Código brasileño de defensa del consumidor, haciendo referencia a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas que desenvuelven una actividad de producción, montaje, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores y usuarios. b) Se mantiene la variante que ha adoptado nuestra ley de indicar que tal actividad “se desarrolla del manera profesional, aun ocasionalmente” lo que le asigna una latitud que exige un esfuerzo de precisión. c) La ley 26.361 no ha consignado en forma expresa, como lo hacía la ley 24.240, que no tendrán el carácter de consumidores o usuarios “quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Ello plantea el problema de esclarecer si sigue subsistiendo dicha exclusión por derivarse del referido concepto de proveedor, o si ha sido suprimida, lo que trae como consecuencia la ampliación de la noción de consumidor, sobre todo, cuando se trata de empresas que adquieren bienes o servicios. d) También se ha omitido en el texto vigente la exclusión que se hacía del ámbito de la ley 24.240 de los contratos realizados por los consumidores cuyo objeto sean cosas usadas. No obstante, cabe reflexionar al respecto, que la ley caracteriza la relación de consumo como un vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor y usuario. La relación entre dos consumidores, por ende, no puede constituir un contrato de consumo. La cuestión radica en fijar la delimitación de cuando uno de los contratantes está o no desarrollando una actividad profesional del modo ocasional, tema espinoso pues resulta de la combinación de dos términos que en el fondo son antitéticos, lo profesional que presupone habitualidad, con lo ocasional que importa lo inverso. e) Por otro lado, se ha mantenido la exclusión de los servicios de profesiones liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, salvo la publicidad que se haga de su ofrecimiento.-

3.– LAS PRÁCTICAS Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

3.1.– Una reforma acertada. Una reforma acertada es la incorporación del art. 8º bis, que obliga a los proveedores a garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios, Prohíbe desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias También veda que se ejerza sobre los consumidores extranjeros diferencia alguna sobre los precios, calidades técnicas comerciales o cualquier otro aspecto relevante de los bienes o servicios que se comercialicen. Finalmente, prescribe que en los reclamos extrajudiciales, los proveedores deben abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de un reclamo judicial.

3.2.– Una oportunidad desaprovechada. Sin embargo se ha desaprovechado la oportunidad de completar la parca regulación vigente referida a la caracterización de las cláusulas abusivas. Es sabido la prohibición de tales cláusulas constituye uno de los temas centrales en la tutela que debe brindarse a los consumidores. Sin embargo, el art. 37 reviste un tenor insuficiente habida cuenta los antecedentes que pueden tenerse en consideración sobre el particular. Se entiende, de modo genérico, que son cláusulas abusivas aquellas en que la parte con un poder de contratación dominante –en este caso el proveedor o profesional– se reserva ventajas en detrimento de la parte débil –el consumidor–, que importan un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato, de un modo no equitativo, según el principio cardinal de la buena fe. Dichos desequilibrios, se originan porque se modifican en perjuicio del consumidor, las recíprocas posiciones contractuales de las partes, según la regulación del derecho dispositivo. El significativo desequilibrio y la contrariedad con la buena fe objetiva, son los criterios rectores, en base a los cuales se definen genéricamente tales cláusulas abusivas. Ahora bien, el carácter vejatorio de ellas, no está relacionado necesariamente con la equivalencia de las prestaciones derivadas del contrato y no se traduce ineludiblemente en un desequilibrio económico como acaece en la lesión, sino se trata, como se deduce de lo expuesto, de un desequilibrio normativo, derivado de la asimétrica asignación de los derechos y obligaciones que conforman las posiciones de las partes. En el art.37 aparecen entremezclados el criterio general para caracterizar estas cláusulas, con enunciación insuficiente, con la prohibición de dos hipótesis concretas de ellas que están irremisiblemente proscriptas. En cuanto al concepto general, se hace referencia a aquellas cláusulas que “desnaturalicen las obligaciones de las partes” (inc. “a”) en cuanto “ importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte” (inc. “b”). En lo referido a tal noción general que debe ser inevitablemente elástica, se suele mencionar, como ya se señaló, el significativo desequilibrio, la contrariedad con la buena fe, amén de que se trata de cláusulas que no son negociadas individualmente. Por otra parte, a la noción genérica de las cláusulas abusivas, se le suele acompañar con un elenco en que se enuncian diversos supuestos de ellas, que se han ido individualizando en la experiencia. Recordado ejemplo de este orientación es la Directiva 93 del 5 de abril de 1993 del Consejo de de la Comunidad Económica Europea. El contenido de estas enunciaciones se traduce ya sea en una lista gris que contiene hipótesis de cláusulas que se presumen vejatorias y pueden ser declaradas inválidas según las circunstancias, o bien una lista negra, que se integra con aquellas cláusulas interdictas, que irremisiblemente revisten tal carácter susceptible de provocar su nulidad, sin que quede espacio para una apreciación diferente. Pero todo elenco de cláusulas que se enuncie anticipadamente, integrando la denominada lista gris, sólo puede revestir el carácter de meramente indicativo, sin que agoten exhaustivamente las hipótesis de las estipulaciones susceptibles de ser descalificadas, por encuadrar dentro de dicha categoría que se reprueba. A más del concepto general defectuoso, la ley se ha limitado a enunciar sólo dos supuestos concretos de cláusulas que formarían parte de una lista negra. Por consiguiente falta la referida enunciación, tarea que ha tratado de suplir la autoridad de aplicación, la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, por Resolución 26/2003, la que contiene una lista de cláusulas abusivas referidas en general a los contratos de consumo, y por Resolución 9/2.004 se ha incorporado otra lista que concierne a modalidades específicas de contrato de consumo, tales son

el contrato de medicina prepaga, el contrato de servicio de comunicaciones móviles y al contrato de servicios financieros o bancarios.-

4.– LA RESPONSABILIDAD DEL ART. 40 DE LA LEY

Otro tema central de la protección del consumidor, es el de la responsabilidad por los daños ocasionados por los vicios o riesgos de los productos o servicios. Esta responsabilidad debe extenderse a terceros que pueden resultar víctimas del evento ilícito. Así lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso Mosca, antes de la reforma de la ley 26.361, aplicando el art. 42 de la C.N. que garantiza la protección del derecho a la seguridad en las relaciones de consumo, estimó que éste abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales y que la seguridad debe ser garantizada en las situaciones de riesgo creadas por comportamientos unilaterales respecto de sujetos no contratantes. Por ello, se calificó como consumidor a una persona que había sido dañada por una piedra que se arrojó desde un estadio donde se disputaba un partido de fútbol, en circunstancias en que el lesionado se encontraba afuera del recinto, aguardando a unos periodistas, asistentes al encuentro deportivo que habían contratado sus servicios para ser transportados en su automóvil, después de la finalización del partido. Situaciones estas que merecían ser previstas en el artículo de la ley, aunque resultaba más aconsejable hacerlo como se expresó precedentemente. Hubiese sido oportuno, aclarar alguna divergencias que se plantean en la interpretación de la norma, entre otras, si no cuadra hacer distinciones respecto de si la responsabilidad es contractual o extracontractual, si la prescripción es común y cual es la extensión del resarcimiento, amén de la inclusión dentro de la previsión normativa de los denominados riesgos del desarrollo.-

5.– EL ART. 40 BIS DE LA LEY

5.1.– El daño directo.– Otras innovaciones introducidas por la ley 26.361 en esta materia han dado lugar a la crítica. El art. 40 bis permite que la autoridad administrativa de aplicación pueda determinar la existencia de daño directo al usuario o el consumidor, derivado de la infracción en que incurra el proveedor o prestador. Define dicho daño, como todo perjuicio o menoscabo al derecho del consumidor o usuario, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o su persona por la acción u omisión del responsable. En ese caso, la autoridad de aplicación puede obligar al proveedor o prestador a resarcirlo, hasta un valor máximo de cinco canastas básicas total para el hogar tres que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. El acto administrativo que ordene el resarcimiento será apelable en los términos del art. 45 de la ley y si queda firme constituirá título ejecutivo a favor del consumidor. Por otro lado, la suma que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo, según lo determinado en sede administrativa, será deducible de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a este último por acciones eventualmente incoadas en sede judicial.–

5.2.– Críticas.– Se ha observado a este precepto que sugiere la introducción de una nueva categoría de daño, al que designa con la equívoca denominación de directo, cuya configuración resulta equívoca. Empero, el tema más cuestionable es la facultad que se atribuye a la autoridad administrativa para ordenar su indemnización, lo que significa el ejercicio de facultades jurisdiccionales vedadas al Poder Ejecutivo por el art. 109 de la Constitución Nacional, según la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación específicamente en el fallo del caso Ángel Estrada y Cia. S.A., sobre la resolución 726 de la Secretaría de Energía y Puertos. La Corte ha salvado la posibilidad de que, dadas ciertas circunstancias, se pueda justificar la delegación, tales como la creación de un tribunal administrativo para resolver un conflicto puntual, órgano que no deje dudas sobre su imparcialidad e independencia, integrado por un conjunto de expertos y sujeto todo, en definitiva, a un control judicial amplio y suficiente. Como bien se ha señalado, el legislador ha pretendido ge-

nerar un mecanismo que le permita al arbitrio de la administración, darle algo al autor de un reclamo formulado por esa vía para que no se vaya con las manos vacías, solución que no aparece como la más recomendable.–

6.– EL ART. 52 BIS DE LA LEY. EL DAÑO PUNITIVO.

6.1.– El texto legal.– Otro tema que se presta a la controversia es el nuevo artículo 52 bis, que recepta la figura del denominado daño punitivo, cuando dispone: “Al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. La multa civil que se le imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47 inc. b de esta ley”, esto es cinco millones de pesos.

6.2.– El daño punitivo.– Excede el marco de esta exposición, hacer referencia a la polémica que se ha planteado respecto de este instituto impropriamente denominado daño punitivo, cuyo mayor arraigo se encuentra en los regímenes del *common law*. Se trata de una pena privada que no tiene carácter compensatorio o reparador y que sanciona graves inconductas, mediante la obligación impuesta al responsable de pagar una suma de dinero, por lo general, a la víctima. La finalidad es el castigo, amén la disuasión y, en los casos de ilícitos lucrativos, el pleno desmantelamiento de los efectos del ilícito. Son hipótesis en las que por su gravedad y proyección, se exige algo más que la mera indemnización resarcitoria. A quien debe pagar se lo mortifica, por ello se habla de *smart money* en contraste con la situación de quien recibe el importe al que se califica como *sweet money* (plata dulce).–

6.3.– Las deficiencias de la fórmula legal. Lo manifiestamente objetable del art. 52 bis, es que el supuesto de hecho al cual le ley atribuye la multa es de una amplitud y vaguedad extrema: se sanciona al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales, sin agregar a tal incumplimiento ningún requisito relativo a la gravedad que el mismo debe revestir, exigencia que configura un elemento prioritario constitutivo de la figura. No se soluciona esta incomprensible omisión, cuando de manera secundaria se menciona la gravedad y circunstancias del caso para cuantificar la multa. La descripción de la conducta que da lugar a la pena privada no puede prescindir de enunciar el reproche – sea el dolo, la grosera negligencia, la desaprensión o el menosprecio por los intereses lesionados– que sirve de razón de ser a la figura y determina la procedencia de la multa. Tal requisito concierne al *an debeat*, cuestión distinta del *quantum debeat*, aspecto al cual la defectuosa fórmula legal lo relega. La desorientación del precepto se torna más patente, cuando extiende la pena a los responsables solidarios del incumplimiento, evidenciando la improvisación y ligereza con que se ha legislado en esta innovación, al margen de cualquier antecedente serio que puede encontrarse en el derecho comparado. No basta ser responsable del mero incumplimiento; es necesario ser coautor o cómplice de la grave falta de conducta que se sanciona. Es por ello, que juristas que propician la incorporación a nuestro derecho de esa figura de la pena privada, especialmente en materia de daños causados por los vicios o riesgos de los productos o servicios prestados, lamentan el malogro que significa esta reforma que con sus imperfecciones de técnica legislativa el una fuente de riesgos para la seguridad jurídica. Los detractores del instituto, a su vez, reputan al precepto inconstitucional, en cuanto configura un tipo penal abierto. Y, finalmente, un tercer sector confía en la prudencia y el buen sentido de los jueces, quienes tienen la misión de reinterpretar el precepto, reescribirlo y completarlo con los elementos de cuya falta adolece, para tornarlo compatible con principios básicos de orden constitucional. Queda pendiente y no ha se ha regulado, la necesidad de coordinar las multas civiles privadas, cuando se trata de hipótesis en que la conducta sancionada origina una multiplicidad de damnificados: Tampoco queda claro si resulta posible la acumulación de la multa prevista en el art. 47 de la ley que puede imponer la autoridad administrativa, con aplicación con esta multa civil a favor del consumidor.–

7.– VINCULACIONES ENTRE EL MACRO Y MICROSISTEMA.

7.1.– Las presuntas diferencias.– En lo que con la difundida expresión de Irti se denomina la edad de la descodificación, se ha constituido este microsistema que se integra con aquellas normas e institutos que tutelan al consumidor en las relaciones de consumo. Se trata de un cuerpo satélite que gira en torno de los núcleos que constituyen los códigos de fondo. Al par de de propiciar la necesidad de incorporar la parte sustancial de esta reglamentación, en especial, al Código Civil, se trata de establecer las diferencias y recíprocas influencias entre lo que se denomina el micro y el macro sistema. Al respecto cabe señalar, que no resulta aceptable tildar el actual régimen general del contrato como una reglamentación esclerótica que se ha mantenido atada a los cimientos ideológicos que inspiraron la concepción decimonónica de ese negocio. Se ensalza al contrato de consumo con la afirmación que sería un contrato relacional, en el cual, en vez de ser oponentes o rivales, las partes perseguirían objetivos comunes sobre la base de la solidaridad. Dicho contrato tendría una función social y estaría comprometido en su celebración el interés público.

7.2.– La evolución del régimen del contrato.– Resulta inoportuno, por lo extenso, exponer las observaciones que provoca una aseveración del tipo de la consignada en último término. También insumiría una extensión inadecuada hacer referencia a los cambios que han experimentado la concepción y régimen del contrato en la última centuria. Si para muestra basta un botón, la invalidez de las cláusulas abusivas constituye una página de gloria de la jurisprudencia alemana, que al descubrir la cláusula general de buena fe contenida en el parágrafo 242 del BGB sancionó dicha ineficacia. La Ley alemana de condiciones generales de contratación de 1976 se nutrió de esa jurisprudencia, y la reglamentación se incorporó al BGB en la reforma que rige desde el 2.002. La figura que veda el ejercicio abusivo del derecho –en el ámbito contractual puede reputarse como un ejercicio contrario a la buena fe– sirve de fundamento a la invalidación de tales cláusulas en contratos del contenido predispuesto, que no son contratos de consumo, y en los que existe un desequilibrio en el poder negociación de las partes. Es así como actualmente se afianza cada vez más la tendencia que propicia el control sustancial del contenido del contrato para erradicar injustos equilibrios, no sólo cuando se trata de contratos de consumo, sino también cuando se trata de contratos celebrados entre empresas, en los cuales una de las partes se encuentra en una situación de dependencia económica respecto de la otra, lo que permite el abuso de la posición dominante de esta última, traducido en la imposición de cláusulas vejatorias. La tutela del contratante débil constituye, por ende, una regla con fuerza expansiva que le asigna la aptitud de convertirse en principio general del derecho contractual. Como ejemplo de esta orientación, que ha llegado a tener concreción legislativa, es dable mencionar la ley que veda el abuso de la dependencia económica sancionada en el ordenamiento jurídico italiano en el año 1998, con una preceptiva que tiene sus antecedentes en el derecho alemán y francés. Es decir que el derecho contractual no quedó fosilizado en la concepción tradicional, sino que ha experimentado una evolución en los cimientos ideológicos que sirvieron de sustento a sus principios. La tutela del contratante más débil, para garantizar la igualdad de las partes, concebida no como un punto de partida sino como una meta o aspiración del orden jurídico de tal evolución, es una manifestación de dicha evolución, uno de cuyos hitos lo representó la protección del consumidor, para proteger la situación de vulnerabilidad en que se encuentra en la realidad económica actual. En ese sentido, así como en la segunda mitad del siglo XX, repitiendo la expresión de RIPERT, se produjo el fenómeno de la comercialización de los contratos con el predominio en la disciplina general de este negocio jurídico de las reglas y principios acuñados en los códigos de comercio, hoy se ha llegado a señalar la “**consumerización**” del derecho general de contratos a raíz de la ampliación de la necesidad de tutelar al contratante en desventaja real, que se ha extendido del campo de los contratos de consumo, a contratos celebrados entre empresas cuando una de ellas se encuentra en una situación de dependencia con la otra, para poner freno a la posibilidad de abuso por parte de la que tiene un poder de negociación preeminente.

7.3.– La idealización de la tutela del consumidor.– Se transita hoy en nuestro derecho una etapa en que se tiende a idealizar la tutela que se le presta al consumidor, asignándole una signifi-

cación parecida a la que tuvieron las reivindicaciones sociales que entrañaron el nacimiento del derecho del trabajo. Se puede leer la afirmación, que viene a zanjar una contraposición entre poderosos y sometidos o satisfechos y necesitados. Pero tal visión no está de acuerdo con la realidad. No debe olvidarse que es tan consumidor la persona adinerada que adquiere una “Ferrari” o un predio costoso en un exclusivo barrio cerrado, como el obrero que compra una plancha, una heladera o calefón para el uso personal. Con la diferencia, que el primero tendrá mayor conciencia de sus derechos y mejores posibilidades de hacerlos valer que el segundo. Ello compele a pensar que en el campo de la protección al consumidor, no debe descuidarse la tutela de este sector más vulnerable, logro que puede facilitarse con la creación de tribunales de consumo que concreten el mandato constitucional de establecer procedimientos eficaces de prevención y solución de conflictos que conjuguen rapidez, con bajo costo y expedito acceso. Asimismo, promoviendo la educación del consumidor y el fortalecimiento de las asociaciones de consumidores y usuarios, y no con pomposas declamaciones que traduzcan una mera expresión de deseos. Al mismo tiempo cabe reflexionar la amplitud que se le brinda protección a las personas jurídicas, sin distinguir si persiguen fines de lucro o no y, en el primer caso, si se trata de una pequeña, mediana o bien de una gran empresa. A una concepción maximalista que pretende englobarlas a todas, cabe oponer otra finalista que para mientes en el factor que constituye el leitmotiv de esta reglamentación: la tutela se justifica y existe en función que el consumidor es la parte vulnerable en las relaciones contractuales que se conciertan en el mercado. Por tanto, debe tenerse presente cuando se hace merecedor de tal protección y cuando no. En definitiva, un análisis realista y equilibrado, es el que permitirá la más razonable y ponderada armonización de los intereses que están en este ámbito de las relaciones que atienen a los consumidores.-

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS NORMATIVAS DE CONSUMO ESPAÑOLA E ITALIANA

Agustín Luna Serrano

Académico Numerario
de la Academia de Jurisprudencia y
Legislación de Cataluña

1. Introducción.

Como es bien sabido, entre las funciones habituales del derecho se ha identificado recientemente la que se ha venido en llamar función promocional del mismo, denominación con la que se hace referencia, mediante una concepción doctrinal comprensiva de todas ellas, al sentido del conjunto de las diferentes opciones legislativas que tienden a proteger a ciertos colectivos sociales que se consideran débiles y, por tanto, particularmente vulnerables. Entre ellos se cuentan los que forman los niños y adolescentes, los minusválidos o los trabajadores, y también se comprenden –igualmente con una especial protección asegurada constitucionalmente (art. 51)– los consumidores y usuarios.

Respecto de la contratación llamada de consumo, que habitualmente se presenta como una contratación de masa o concertada mediante la suscripción de modelos estereotipados de convención en los que suelen incluirse numerosas condiciones generales, es evidente, en efecto, que los consumidores y usuarios ocupan en la relación contractual una posición de inferioridad o debilidad y que su contraparte puede, en razón de su posición preponderante, ceder a la tentación de proponer en su beneficio un clausulado contractual o unas condiciones generales que los consumidores y usuarios se ven forzados a aceptar y que con frecuencia les afectan negativamente.

Para evitar el desequilibrio contractual que la transcendencia de tales cláusulas impuestas podría provocar, la legislación en materia de defensa y protección de los consumidores y usuarios atiende de manera preferente y mediante significativas normas específicas a la consideración de la posible existencia en tales contratos-tipo o de masa de cláusulas abusivas, vejatorias o leoninas, tanto en lo que se refiere a su identificación como en lo que atiene a su represión.

2. La determinación identificativa de las cláusulas vejatorias en el Código de consumo italiano.

En este primer aspecto, el derecho positivo italiano sobre la materia, que actualmente se contiene en el denominado “Codice del consumo”, aprobado por el Decreto Legislativo de 6 de septiembre

de 2005, núm. 206, se estructura técnicamente en diferentes niveles, mediante la formulación de una definición general de la cláusula abusiva o vejatoria (art. 33.1 de dicho código sectorial); la indicación posterior, en relación a dicho concepto legal básico, de un breve y taxativo elenco de supuestos contractuales en que el legislador afirma directamente que dicha definición alcanza necesariamente a los mismos (art. 35.1); y la formación ulterior de un elenco más amplio a través del que el legislador entiende que en ciertos otros supuestos las cláusulas contractuales incorporadas a los contratos pueden presumirse como abusivas (art. 33.2).

La definición de la cláusula abusiva o vejatoria formulada en el derecho italiano no difiere sustancialmente de la adoptada en nuestra legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios en relación a la misma materia. Es de ver, en efecto, que, según el mencionado art. 33.1 del código italiano del consumo, “se consideran vejatorias las cláusulas que, a pesar de la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones que derivan del contrato”. La desviación más significativa, respecto de nuestro ordenamiento –que, como veremos, se refiere a las cláusulas contractuales que, “en contra de las exigencias de la buena fe”, causen el desequilibrio–, se centra en la referencia a la existencia de la vejatoriedad de las cláusulas, en cuanto determinantes de un desequilibrio relevante para el consumidor, aún en el caso de que el empresario o profesional haya observado al contratar una conducta que puede calificarse de buena fe.

La definición de que se habla ha provocado una cierta discusión doctrinal en relación a la frase “malgrado la buona fede” –aquí traducida por “a pesar de la buena fe”–, en cuanto que algunos entienden la misma como significando “prescindiendo de la buena fe” del predisponente de la cláusula y otros como “no obstante la buena fe” del mismo, con lo que alternativamente se puede dar al concepto de buena fe una dimensión de carácter objetivo o de carácter subjetivo, en el sentido, en esta última acepción, de haber previsto el legislador que, en cuanto a la comprobación de la abusividad de la cláusula, había de considerarse irrelevante que el empresario la hubiese predisposto de buena fe (es decir, sin la conciencia de su carácter particularmente oneroso para el consumidor). Para otros, partidarios de la acepción en el precepto indicado de la dimensión objetiva de la buena fe, la norma en cuestión habría de ser interpretada en el sentido de entenderse que en la cláusula habría de considerarse como abusiva si la misma había sido incorporada al contrato “en contraste con la buena fe”, de modo que la misma habría de entenderse referida, según se ha advertido, a la denominada buena fe objetiva, opinión esta segunda que ha sido preferida por la jurisprudencia, en el sentido, por ejemplo, de corresponderse la buena fe, como subrayan alguna de sus resoluciones, con la “lealtad y corrección en los tratos preliminares”. Esta última interpretación objetivista parece, por lo demás, congruente con la directiva 93/13/CE, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos estipulados con los consumidores, que se refiere expresamente en su texto original en italiano a “a pesar (malgrado) del requisito de la buena fe”, de cuyo texto literal se apartan, en cambio, sugiriendo la subjetividad de la buena fe de referencia, el texto original francés de la directiva, que se refiere a “en dépit de l'exigence de bonne foi” (esto es, “en contra de la exigencia de la buena fe”) o el texto inglés que hace mención de la cláusula considerada como abusiva en cuanto que contraría “to the requirement of good faith” (esto es, “al requisito de la buena fe”).

El ordenamiento italiano considera luego, específicamente, que tal concepto legal de cláusula abusiva conviene siempre a ciertos supuesto concretos que por sí mismos entrañan directamente la idea de la vejación empleada en perjuicio del consumidor, en razón de cuya consideración formula una breve lista de casos en que la cláusula a que los mismos se refieren ha de ser calificada siempre como abusiva, por lo que no podría discutirse la apreciación legal de su vejatoriedad, conformándose técnicamente la norma que en tal criterio se inspira como concreta expresión de una presunción *juris et de jure*, absoluta, irrefragable o irrefragable. Es en razón de este carácter valorativo de las cláusulas enjuiciadas en todo caso como vejatorias o abusivas por lo que el propio ordenamiento positivo italiano no salva de tal conceptualización supuesto alguno de inserción de las cláusulas en cuestión y precisa incluso, según expresa la proposición inicial del elenco de las cláusulas a considerar siempre

como abusivas, que tal consideración les corresponde aunque las mismas hayan sido objeto específico de los tratos que conducen a la contratación.

Estos supuestos referidos a cláusulas que, por determinación legal, son directamente consideradas siempre como abusivas o vejatorias se integran en una pequeña lista –habitualmente calificada por la doctrina como “lista breve” y, más habitualmente, como “lista negra” de cláusulas vejatorias, por la taxatividad de su calificación como tales–, que comprende, aunque las cláusulas a que se refiere hayan sido objeto específico de los tratos precontractuales, los tres supuestos siguientes de cláusulas que tengan por objeto –es decir, en la intención del proponente– o por efecto –es decir, como resultado– excluir o limitar la responsabilidad del profesional en caso de muerte o de daño de la persona del consumidor, resultante de un hecho o de una omisión de dicho profesional; excluir o limitar las acciones del consumidor frente al profesional o de cualquier otra parte en caso de incumplimiento total o parcial o de cumplimiento inexacto por parte del profesional; o bien prever la adhesión del consumidor como extendida a cláusulas que no ha tenido, de hecho, la posibilidad de conocer con anterioridad a la conclusión del contrato (art. 36.2 del “Código del consumo”).

Al lado de esta “lista negra” de cláusulas legalmente declaradas, de manera directa, como vejatorias, se formula legislativamente en el derecho italiano otro elenco de cláusulas, que la doctrina habitualmente denomina como “lista gris”, referida a condiciones contractuales que por su contenido son probablemente reconducibles al concepto general de cláusula abusiva que el propio legislador ha definido sobre la base de la idea de que provocan un sensible desequilibrio en perjuicio del consumidor. Esta segunda lista de cláusulas, que se previenen legalmente como probablemente vejatorias y que serán tratadas como tales a no ser que se demuestre mediante una prueba contraria y concluyente que en ellas no concurre la abusividad, es indicada también a veces por la doctrina como lista larga o amplia de cláusulas que se presumen *juris tamtum* como vejatorias y prácticamente se corresponde en los nada menos que veinte supuestos que comprende, con la lista de treinta y ocho supuestos que, en nuestro ordenamiento y aunque no para considerar las diferentes cláusulas indicadas en ella como presuntamente abusivas sino como necesariamente tales, se contiene y enumera en los preceptos que se indicarán posteriormente.

Parece claro, además, que cuando, examinada una cláusula contractual, la misma pueda reconducirse al concepto legal general que de cláusula vejatoria o abusiva se contiene en el citado art. 33.1 del Código italiano del consumo, dicha cláusula habrá de ser, desde luego, considerada en tal conceptualización.

El ordenamiento italiano declara finalmente, de manera diferenciada y de forma específica, la nulidad, por considerarla abusiva, de cualquier cláusula contractual que, previendo la aplicabilidad al contrato de la legislación de un país extracomunitario, tenga el efecto de privar al consumidor de la protección que le asegura la legislación nacional, en lo que el contrato presente una relación más estrecha con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea (art. 36.5).

En la apreciación de la abusividad de la cláusula o condición general contractual –no se consideran, en principio, necesariamente abusivas las cláusulas o los elementos de las mismas cuya inserción es objeto de un trato individual y específico entre los contratantes (art. 34.4)– deberán tenerse en cuenta la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato, las circunstancias existentes en el momento de su conclusión y las otras cláusulas del propio contrato o de otro con el que el mismo se encuentra enlazado o del cual dependa (art. 34.1).

3. La determinación identificativa de las cláusulas abusivas en la legislación española de defensa de los consumidores y usuarios.

La determinación identificativa de las cláusulas abusivas en el ordenamiento español, aunque ofrece sustanciales coincidencias con las previsiones indicadas del derecho italiano, presenta una notable diferenciación respecto del mismo en cuanto a la técnica jurídica utilizada.

La coincidencia apuntada radica en la definición genérica de cláusula abusiva que enuncia nuestra legislación y que en el art. 82.1 del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que pone también el acento en la idea de desequilibrio relevante y se formula estableciendo que “se considerarán cláusulas abusivas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Es de notar, no obstante, que la coincidencia de este texto legal con el correspondiente italiano, si tiene el punto básico de coincidencia la apuntada idea del desequilibrio relevante en que ambos descansan, se resiente de alguna manera en cuanto que, frente a lo que dispone el texto que formula el derecho transalpino, en el nuestro se requiere expresamente una actuación desequilibradora causada “en contra de las exigencias de la buena fe”, lo que podría inducir, considerado el precepto a la letra, la idea de que se reclama en él la conceptualización subjetivista y no la objetivista de la buena fe, que es la que razonablemente parece haber de reclamarse en estos supuestos. Obsérvese que aquí la imprecisión de la fórmula utilizada por nuestro derecho nacional puede derivar, de forma parecida a como se ha indicado antes, del texto oficial, en este caso en español, de la directiva comunitaria de que la norma directamente deriva.

Al margen de la apuntada leve diferencia, sin duda de tono menor y salvable en todo caso por vía interpretativa, es de notar que, a diferencia de cómo opera el legislador italiano, el nuestro declara directamente como cláusulas abusivas una larguísima enumeración o serie de supuestos –nada menos, como ya se ha preanunciado, que treinta y ocho–, que, agrupados en diferentes apartados temáticos en los arts. 85 a 90 del ya mencionado texto refundido, se refieren, como adelanta resumidamente el art. 82.4, a las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Como puede observarse, la técnica adoptada en este punto por el legislador español es mucho más rígida y también conceptualmente más simple y esquemática que la utilizada por el legislador italiano, que diferencia diversos niveles de determinación indicativa de las cláusulas vejatorias en la contratación con los consumidores y usuarios mediante el juego articulado del recurso a una conceptualización de carácter general y a una diversificación complementaria y escalonada de presunciones *iuris et de jure* y *iuris tantum* a través de cuya virtualidad se califica en definitiva el carácter de la cláusula.

El resultado práctico aplicativo de uno y otro sistema normativo podrá seguramente avocar a unas mismas consecuencias disciplinares, pero seguramente no es aventurado significar que el sistema que técnicamente ha adoptado en este caso el legislador español, sin duda impelido por la idea de asegurar en el mayor grado la protección de consumidores y usuarios, deja mucho menos espacio que la disciplina contenida en el código sectorial italiano a la intervención del intérprete y, en general, a la del operador jurídico.

Por lo demás, el carácter excesivamente rígido y simplificador, sin duda predicable en este punto, de la disciplina contenida en nuestro derecho positivo, viene acaso a poder justificarse en función de la ductilidad de la norma que, a semejanza de su paralela en el derecho italiano, se refiere a la concreta apreciación, en relación al supuesto contemplado en cada caso, de la abusividad de la cláusula. El art. 82.3 del mencionado texto refundido establece, en efecto, que “el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”. Es de significar, de todas formas, que puede llegar a ser difícil hacer servir de parámetros para apreciar la abusividad de la cláusula

la naturaleza del bien o del servicio contratado, las circunstancias concretas del momento de la celebración de la convención y el resto de las cláusulas del contrato o de otro del que dependa, frente a la radicalidad de expresiones de directa atribución legislativa a determinadas cláusulas de la nota de abusividad (art. 90) o de deber ser tenidas como abusivas “en todo caso” (arts. 85, 88 y 89) o “en particular” (arts. 86 y 87) una muy larga lista “negra” de cláusulas contractuales.

4. La reacción sancionadora del ordenamiento italiano frente a las cláusulas vejatorias.

Contra las cláusulas contractuales que por una vía u otra de las anteriormente indicadas –inserción en la “lista negra”, colocación no contrarrestada con la prueba contraria en la “lista gris” o reconducción al concepto legal general de cláusula vejatoria– han de considerarse con tal carácter, el ordenamiento italiano decreta, coherentemente con la finalidad protectora de la legislación en que la disciplina de la que hablamos se contiene, la nulidad radical, si bien esta suerte de ineficacia haya de circunscribirse exclusivamente al alcance potencial de la cláusula misma y no comunicarse al entero contrato. Como precisa, en efecto, el art. 36.1 del Código de consumo italiano, la nulidad con la que se conmina a la cláusula vejatoria salva, sin embargo, que “el contrato se mantiene válido en lo demás”.

En relación a la suerte de reacción que actualmente adopta, frente a las cláusulas vejatorias, el derecho positivo italiano, que antes se limitaba a disponer la “ineficacia” de la cláusula, lo que una parte de la doctrina entendía referido a la nulidad y otra, por el contrario, a la mera anulabilidad, los estudiosos que se han ocupado de la materia reclaman habitualmente el concepto de “nulidad de protección” categoría que podría entenderse referida, al menos a mi juicio, a una idea básica, de mayor amplitud y, en todo caso, subyacente a la normativa examinada, como la de “conservación del negocio jurídico”. La indicada construcción doctrinal de la conceptualización de “nulidad de protección” comportaría, en función de la inferencia que descendería de la dimensión tuitiva de una sola de las partes contratantes, que la misma se reporte y opere solamente en favor del consumidor, que la misma no haya de poder extenderse al contrato o a la relación contractual en su conjunto, que se circunscriba la legitimación *ad causam* en cuanto a la solicitud de su declaración por los tribunales y que dicha nulidad tuitiva, en razón precisamente de este carácter, sea apreciable de oficio por el juez en beneficio del consumidor (art. 36.3).

Es claro que la idea que subyace en la conceptualización de la “nulidad de protección” y, en definitiva, en el acogimiento concreto que la misma supone del llamado principio de “conservación del negocio jurídico” se basa en la consideración del interés, que no puede nunca perderse de vista cuando se habla de protección y defensa de los consumidores y usuarios, que tienen los mismos en la obtención de unos bienes o servicios que difícilmente podrían conseguir, al menos en muchas ocasiones, al margen de la contratación de masa y en condiciones distintas de las que tal contratación propicia o determina.

El ordenamiento italiano no se refiere expresamente, como hace en cambio el ordenamiento español, si bien para remitirse a las norma generales de la contratación, a la posible integración del contrato cuyo contenido se declara parcialmente ineficaz por razón de la nulidad de la cláusula considerada vejatoria. Ante esta falta de disposición en la normativa sectorial especial, se aplicará la norma general correspondiente del Código civil de 1942, en este caso su art. 1.376, paralelo y de contenido sustancialmente coincidente con el art. 1.258 de nuestro Código civil.

5. La reacción sancionadora del ordenamiento español frente a las cláusulas abusivas.

La reacción del ordenamiento español frente a las cláusulas abusivas no puede sino coincidir, colocándose ambos en la línea de las directrices comunitarias, con la que el derecho italiano reserva alas cláusulas vejatorias incorporadas a un contrato en perjuicio de los consumidores y usuarios.

La norma del art. 83.1 del repetido texto refundido, que en nuestro derecho conmina con la “nulidad de pleno derecho” a las cláusulas abusivas, culmina, sin embargo, con el extraño estrambote de que dichas cláusulas también “se tendrán por no puestas”, lo que en realidad en nada complementa a la sanción de la nulidad radical que a tales cláusulas conviene, pero que supone la indudable paradoja de presentar una misma cosa –en este caso, la cláusula abusiva– a la vez como existente, aunque “nula”, y como inexistente, en cuanto que “no puesta”. Es posible que nuestro legislador con la utilización, redundante en este caso, de la vieja figura jurídica de la ficción haya querido no sólo remachar definitivamente la querida intranscendencia de las cláusulas abusivas en la contratación con el consumidor, sino acaso y sobre todo indicar que, haciéndose desaparecer del texto contractual la cláusula abusiva, subsiste sin embargo el resto del contrato que continua por su parte estando “puesto”. Sin embargo, hubiera sido más sencillo y directo, y desde luego menos rebuscado, indicar que la nulidad de la cláusula rechazada tiene el carácter de parcial o, mejor, que no alcanza al resto del contrato o bien que este resto se mantiene o subsiste.

En cualquier caso, es claro que la nulidad de pleno derecho de la cláusula y su figurada desaparición tienen un alcance restringido y parcial y se circunscriben, al igual de lo que ocurre en el derecho italiano, a la concreta virtualidad disciplinar que la cláusula en cuestión pudiera tener.

Aunque el texto español específicamente dedicado a la defensa de los consumidores y usuarios no indique expresamente, según se ha dicho, que el resto del contrato en que se había insertado la cláusula abusiva permanece eficaz, esta apreciación es manifestada por nuestro derecho a través de diferentes indicaciones normativas, al margen de cuanto ya sugerido ha propósito de la ya indicada utilización de la mencionada ficción.

Hay que tener en cuenta, en primer lugar y dada la sistematicidad del ordenamiento, que el art. 10.1 de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece, con norma también aplicable a nuestro supuesto y no sólo en razón de simple analogía, que “la declaración de nulidad de las mismas (cláusulas de las condiciones generales) no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas”.

Además, puede igualmente deducirse tal consecuencia parcial del alcance de la nulidad radical con que se conmina a la cláusula abusiva de la misma normativa específicamente dedicada a la defensa de los consumidores y usuarios contenida en el tantas veces citado texto refundido aprobado en el año 2007, en el que de manera indirecta pero segura se llega a la misma conclusión. Así se puede fácilmente concluir en cuanto que, de una parte, dicho texto fija los límites en que eventualmente puede conservarse el contrato al que se había incorporado una cláusula de carácter abusivo y, de otra parte lugar, en cuanto que se refiere a la integración del contrato desprovisto, en cuanto a la regulación que le sería propia, de la transcendencia disciplinar que resultaría de la cláusula abusiva suprimida. En el primer aspecto, el apartado final del art. 83.2 del texto refundido dispone, en efecto, que “sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato” y, en el segundo, la primera parte del referido precepto establece que “la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva”, señalando a continuación que, “a estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario”.

“EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR EN DERECHO PUERTORRIQUEÑO”

Dr. Pedro F. Silva-Ruiz

Académico Correspondiente
de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina

Introducción

1. El autor de la presente comunicación **no** ha tenido ocasión de leer la ponencia presentada sobre el tema enunciado, ni tampoco las guías elaboradas para su elaboración, si algunas.¹⁵⁸²

2. Estas líneas se refieren, por supuesto, al derecho puertorriqueño o, mejor dicho, al ordenamiento jurídico que rige en Puerto Rico, que es uno *híbrido* o mixto.¹⁵⁸³

3. “Consumidor, por definición nos incluye a todos”, manifestó el Presidente J.F. Kennedy en un mensaje al Congreso estadounidense en marzo de 1962. Además, en un Programa preliminar para la protección de los consumidores de la Comunidad Económica Europea, de abril de 1975, se precisaba que “en lo sucesivo el consumidor no será considerado ya solamente como un comprador o usuario de bienes o servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor”. Así que los asuntos del consumidor, por ser común a todos, concierne a la *persona*,

1582 * Comunicación presentada al VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, La Coruña, España, 13-15 de octubre de 2010. Algunos de los temas han sido tratados con mayor extensión en el ensayo “El contrato de consumo y la responsabilidad del comerciante”, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Privado, celebrado en Trelew, Chubut, Patagonia, Argentina, mayo 2010. Publicada en www.eldial.com (Supl. Daños) (mayo 2010) © PFSR, 2010.

** Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina. Doctor en Derecho, Universidad (C.) de Madrid, España. Catedrático jubilado de Derecho. Académico Numerario de la “International Academy of Commercial and Consumer Law” y Académico Extranjero de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía, Italia.

Se han enviado sobre diez (10) correos electrónicos. Cuando alguno se ha contestado, muy poco se informa.

1583 Por todos, Pedro F. Silva-Ruiz, *The Puerto Rican Legal Order: A Mixed System*, en el libro “European Legal Traditions and Israel”, Rabello, ed.; The Hebrew University of Jerusalem, Jerusalem, Israel, 1994, p. 394 ss.

noción que en el derecho actual ha sido lanzada al primer plano.¹⁵⁸⁴ Recordemos que “por sólo el derecho no empieza la persona, pero sin el derecho no se termina de ser persona.../ No es posible construir una teoría exclusivamente jurídica de la persona, esto es, desatendida de lo que la persona misma presupone...”.¹⁵⁸⁵ La persona es anterior a la ley, el derecho la recibe y se hace para ella, ya que constituye su centro, así como su fin.

4. La protección del consumidor ameritó a que en Puerto Rico se estableciera, en abril de 1973, un Departamento (ministerio gubernamental) de Asuntos del Consumidor (DACO), con bastos poderes y facultades.¹⁵⁸⁶ Hay que también mencionar legislación estadounidense sobre el consumidor que está vigente y es aplicable en Puerto Rico.¹⁵⁸⁷

*El Consumidor*¹⁵⁸⁸

1. En Puerto Rico, legislación presentada,¹⁵⁸⁹ define como “consumidor [a] la persona natural que contrata a título oneroso para beneficio propio o de su familia o grupo social, sin ánimo de reventa; incluye aquel que adquiere productos o bienes o utiliza servicios en función de una relación de consumo o es recipiente de una oferta publicitaria. No se considera consumidor aquel que adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de venta, oferta, producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.¹⁵⁹⁰

2. A su vez, en la Argentina por “consumidor o usuario [se entiende] a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines./ Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.”¹⁵⁹¹

Por “relación de consumo” se entiende “el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”¹⁵⁹² y proveedor “es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de

1584 Atilio A. Alterini, *Contratos (civiles-comerciales-de consumo)*. Teoría general. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, primera edición, primera reimpresión, 1999, págs. 136-7.

1585 Antonio Hernández Gil, *La persona y la filiación*, en “Obras Completas”, tomo I, Espasa-Calpe, Madrid, España, 1987, págs. 537-8.

1586 Ley núm. 5 del 23 de abril de 1973, 3 LPRA 341, subsiguientemente enmendada. En la Exposición de Motivos se significó: “la complejidad del mercado de bienes y servicios, unido al sinnúmero de prácticas indeseables que algunos comerciantes y manufactureros llevan a cabo, requieren la creación de un organismo efectivo capaz de sacar al consumidor del estado de indefensión y desvalimiento en el cual se encuentra. Este organismo deberá ventilar y adjudicar las querellas traídas por los consumidores, educar al consumidor y ponerle al consumidor representación adecuada en la defensa de todos sus derechos”.

1587 Puerto Rico es un Estado Libre Asociado (colonia) de los Estados Unidos de América, por lo que su Constitución, así como legislación federal rige en el archipiélago (comprende las islas municipios de Culebra y Vieques, y otras), a menos que fuere localmente inaplicable.

1588 “Consumidor/ra. Adj. Que consume. Úsese también como sustantivo.” (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 21ª. edic.)

1589 Me refiero al P. del S. 1047, presentado ante el Senado de Puerto Rico el 14 de agosto de 2009 por la senadora Soto Villanueva. El 15 de marzo de 2010 la Comisión de Banca, Asuntos del Consumidor y Corporaciones Públicas del Senado de Puerto Rico, presidida por la mencionada senadora, rindió un informe positivo recomendando la aprobación del proyecto con las enmiendas contenidas en el aludido informe. A todos los fines, he considerado las enmiendas en el informe como si ya hubiesen sido aprobadas e incorporadas al texto del proyecto de ley.

1590 Proyecto, art. 9(g)

1591 Argentina, Art. 1 (según Ley 23.361) Ley no. 24.240 de 1993, actualizada con las modificaciones de la Ley 26.361.

1592 Idem, Art. 3 (según Ley 23.361).

bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley...”¹⁵⁹³

3. Son obvias las diferencias entre la propuesta definición de “consumidor” en el derecho puertorriqueño y la vigente en derecho argentino.

4. La Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, entiende por “consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.¹⁵⁹⁴

Contrato, contrato por adhesión y contrato de consumo; cláusulas generales y cláusulas abusivas

1. Contrato es el negocio jurídico dirigido a crear obligaciones; “existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.¹⁵⁹⁵ Por el contrato, la persona crea, para sí, obligaciones.

2. Como regla general, los contratos son negociados. Los contratos de adhesión o por adhesión, por el contrario, son “todos aquellos en que existe una *previa preredacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes*, por medio de formularios, impresos, pólizas o modelos preestablecidos y a la otra sólo le es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo”.¹⁵⁹⁶

Los contratos de adhesión¹⁵⁹⁷ nacen de la contratación en masa, elaborados en serie y en grandes números.¹⁵⁹⁸ La parte “que no interviene [en su redacción] acepta el contrato tal como se lo presenta la otra parte. Por ello se dice que se “adhieren” al esquema predeterminado unilateralmente”.¹⁵⁹⁹

Así pues, que “cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas”, se dicen de adhesión.¹⁶⁰⁰

3. Puede distinguirse entre la contratación por adhesión y el contrato de consumo. “Los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales se caracterizan por su modo de celebración. *En los contratos de consumo en cambio, la característica definitoria no es la adhesión, sino el consumo final*. En los contratos celebrados por adhesión no hay consentimiento en sentido técnico, sino una mera adhesión de una de las partes a condiciones predispuestas por la otra... De lo dicho se desprende que *un contrato puede ser celebrado por adhesión y ser, además, de consumo; o viceversa, ser de consumo y no de adhesión*”.¹⁶⁰¹

1593 Idem, Art. 2 (según Ley 23.361).

1594 Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (DOL núm. 95, de 21 de abril [LC Eur 1993, 107]).

1595 Art. 1206 del Código Civil de Puerto Rico (CCPR), 31 LPRA 3371. El Código Civil español de 1888-9 fue hecho extensivo a Puerto Rico por Real Decreto, comenzando a regir el 1 de enero de 1890.

El Código Civil de Puerto Rico permaneció vigente luego de la invasión y cambio de soberanía, española a estado-unidense, acaecida en 1898, por una orden militar dictada al efecto.

En el año 1930, ese Código, que fue objeto de revisiones en varias ocasiones por comisiones integradas por norteamericanos y puertorriqueños, fue revisado. Es la edición de 1930, subsiguientemente enmendada, la que se encuentra vigente. Se dice que está en proceso de reforma y revisión.

1596 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1: *Introducción. Teoría del Contrato*, Ed. Civitas, Madrid, España, cuarta edición, 1993, p. 139 (itálicas en el texto son nuestras).

1597 Véase, Marcelo David, *Contrato de Adhesión*, en www.eldial.com (Argentina) (visitado, 9 de junio de 2010) para doctrina argentina.

1598 Antonio Polo, citado por J. Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. I: *Doctrina general del contrato*, Bosch, Barcelona, España, 1954, p. 45, nota al pie de la pág. 19.

1599 José R. Vélez Torres, *Derecho en Contratos*, Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan, P.R., 1990, p. 7.

1600 Ricardo L. Lorenzetti, *Tratado de los Contratos*, tomo 1, p. 140 (Rubinzal-Culzoni, eds; Buenos Aires, Argentina, 1999).

1601 Ibid, p. 141. (itálicas nuestras). A la p. 138 dice: “Los contratos de consumo, en el Derecho Argentino, tienen un alcance muy preciso, limitado a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la ley 24.240 y su decreto reglamentario...” La

4. Referirse a los contratos de adhesión es también hablar de las “condiciones generales de la contratación o cláusulas generales de los contratos” ya que se implican mutuamente; pues las cláusulas predeterminan unilateralmente el contenido de los futuros contratos de adhesión. Éstos concretan las condiciones generales en las particulares relaciones establecidas entre la empresa y los adherentes. El destino de las condiciones (cláusulas) generales es el de ser sometidas a la adhesión por quien las utiliza en una contratación.¹⁶⁰²

5. Las cláusulas predispuestas son condiciones generales cuando han sido incorporadas a una pluralidad de contratos. Dichas “condiciones generales, o son contenido contractual o no son nada”.¹⁶⁰³

En Puerto Rico no existe legislación sobre condiciones (cláusulas) generales de la contratación. Más el Tribunal Supremo ha reconocido su existencia.¹⁶⁰⁴ Legislación propuesta con el propósito de adoptar un “Código de Derechos del Consumidor” las regula.¹⁶⁰⁵

6. No puede dejar de mencionarse el control de fondo o control de contenido de las condiciones generales o cláusulas generales de la contratación. Estipulaciones recogidas en cláusulas generales que puedan ser calificadas como “abusivas” (o vejatorias) están sujetas a ser impugnadas o refutadas. Las referidas cláusulas abusivas “son aquellas que... establecen desmedidos beneficios a favor de quien ha redactado un contrato de adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación del que forman parte; ello, en desmedro del otro contratante”.¹⁶⁰⁶

Conclusiones

1. Carece el derecho vigente en Puerto Rico de un estatuto o ley del consumidor, al estilo de la propuesta por el P. del S. 1047 (14 de agosto de 2009), cuya aprobación ha sido recomendada favorablemente al Senado de Puerto Rico.

2. Dicho proyecto trata sobre el contrato de adhesión, el de consumo, define que se entiende por consumidor, las condiciones o cláusulas contractuales generales y las cláusulas abusivas; además, de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual.

© PFSR, 2010

Junio, 2010

Ley 24.240, sancionada en 1993 es la Ley de Defensa del Consumidor (enmendada por la Ley 26.361).

1602 Pedro F. Silva-Ruiz, *Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (condiciones generales de los contratos o de la contratación) y las cláusulas abusivas*, en el libro *A L'Europe Du Troisieme Millenaire*, Mélanges offerts á Giuseppe Gandolf: (en ocasión al décimo aniversario de la fundación de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavia, Italia), Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, Italia, primer volumen, 2004, p. 581 y siguientes. También, Pedro F. Silva-Ruiz, *Las condiciones generales en la contratación y cláusulas abusivas (derecho puertorriqueño)*, en el libro *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, publicación de la Fundación BBV y Editorial Civitas, Madrid, España, primera edición, 1996, p. 273 y siguientes.

1603 Luis Díez-Picazo en el libro *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (en un ensayo del mismo nombre), p. 30. Además, del mismo autor, véase *Contratos de consumo y derechos de contratos*, en el *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, fase 1, 2006, págs. 11-28 (entre otros), afirma: (i) “las operaciones de consumo, entre profesionales y consumidores, traducidas a un lenguaje jurídico... son contratos de consumo”, pág. 11; (ii) “... el hecho de que determinados contratos presenten un contenido imperativo (que es básicamente lo que ocurre en los contratos de consumo) no excluye el carácter contractual”, pág. 14; (iii) “tampoco puede excluirse el carácter contractual por el dato de que puedan ser operaciones realizadas con escasa deliberación y escasa libertad a lo que puede añadirse la supremacía o superioridad en que el empresario se encuentra respecto del consumidor”, pág. 14, etc.

1604 *Zequeira v. CRUV*, 83 DPR 878, 880 (1961).

1605 P. del S. 1047 (14 de agosto de 2009), arts. 34 y 35.

1606 Felipe Osterling Paroli y Mario Castillo Freyre, *Las cláusulas abusivas en el ordenamiento civil peruano*, en la *Revista de Derecho Comparado: Cláusulas abusivas – II* (núm. 2 de colección), Buenos Aires, Argentina, s/f, pág. 91.

ACTA PONENCIA: ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

En La Coruña, a 14 de octubre de 2010.

ACTA DE LA PONENCIA ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

MESA: Excmo. Sr. D. Marco Gerardo Monroy Cabra (Presidente)

Sr. D. José Ricardo Pardo Gato (Coordinador)

Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg (Vocal)

Ilmo. Sr. D. Antonio Fraga Mandián (Vocal)

Sr. D. Augusto José Pérez-Cepeda Vila (Secretario)

Siendo las 10 horas del día de la fecha, se constituye la Ponencia “ESTATUTO DEL CONSUMIDOR”, en el Pazo de Mariñán, correspondiente al VII CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA Y FILIPINAS.

La mesa está constituida por el Excmo. Sr. D. Marco Gerardo Monroy Cabra, que ejerce la Presidencia de la misma, y como Coordinador-Ponente, el Sr. D. José Ricardo Pardo Gato; como Secretario, D. Augusto Pérez-Cepeda Vila; y como vocales, D. José Luis Seoane Spiegelberg y D. Antonio Fraga Mandián.

Toma la palabra el Presidente, para agradecer la presencia a los asistentes, y señala que el orden de desarrollo de la sesión, será primero, la defensa de la Ponencia por parte de D. José Ricardo Pardo Gato, posteriormente, se llamará a congresistas que hayan presentado oportunamente su Ponencia para la defensa de la misma, para que las defiendan, dando paso posteriormente al coloquio, y terminar con el debate de las conclusiones.

Y siguiéndose el orden establecido, se concede la palabra por el Sr. Presidente al Ponente Sr. D. José Ricardo Pardo Gato, para que haga la exposición de su Ponencia.

Toma la palabra el Sr. Pardo Gato, que inicia la exposición con unas palabras de salutación a todos los presentes, añadiendo que su intención es hacer un resumen de la misma, toda vez que el texto completo de la Ponencia obra en poder de todos los participantes del Congreso. En este sentido, el Ponente desarrolló una pormenorizada exposición de lo que es el hecho del consumo, los contratos de consumo y la evolución en el derecho positivo de la materia. Prosigue su exposición, señalando que las fuentes del derecho de consumo, los contratos con consumidores y usuarios, se rigen por leyes especiales, aunque, lógicamente, también les afectan las leyes generales, añadiendo que el concepto más extendido es que se trata de contratos que realizan los consumidores o usuarios con un empresario, destacando la incidencia del consumo en el mundo actual, y que esta incidencia conlleva la articulación de un sistema de protección de los consumidores.

Expone el Ponente las distintas fases de la contratación en materia de consumo, empezando por la fase precontractual, señalando la libertad en materia de contratación y la incidencia de las modernas técnicas de publicidad en esta fase, así como los medios adecuados para su control. Analiza, posteriormente, la fase de perfección del contrato, en especial el consentimiento, así como el desistimiento del mismo y su intangibilidad, para descansar su reflexión, seguidamente, sobre el análisis de la fase de ejecución, deteniéndose el Ponente en la explicación referente a la protección de los consumidores

en esta fase, sobre todo en relación con las denominadas cláusulas abusivas, principalmente en el seno de los contratos de adhesión.

A continuación, se destaca la protección de los consumidores desde el punto de vista procesal, abordándose aspectos como la capacidad; la legitimación, con especial tratamiento de la legitimación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en nuestra legislación procesal; así como el tema de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios en leyes especiales, como la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (actual Texto Refundido) o la Ley del Comercio Minorista.

Una vez expuesto, en detalle, el grueso de la Ponencia, la misma concluye con la lectura de la relación de conclusiones provisionales.

El Presidente agradece al Ponente su intervención, resaltando el gran trabajo realizado, así como la brillante exposición en la defensa de la Ponencia elaborada.

A continuación son llamados a defender sus Comunicaciones las personas que las hubiesen presentado, siendo el primero de ellos, D. Bonifacio Ríos Avalos, que hace una brillante sinopsis de la Ponencia presentada, analizando tanto los derechos de los consumidores y su influencia en el derecho global, prosiguiendo su análisis sobre la raíz constitucional de estos derechos en Paraguay y su incidencia en las leyes posteriores; finalizando con un somero análisis de cada uno de los epígrafes en los que se estructuró su disertación.

Siguiendo el orden de intervención, toma la palabra el comunicante D. Juan Manuel Aparicio, miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, que inicia su defensa con el análisis de la Tutela Jurídica del Consumidor y sus diferentes etapas, resaltando la regulación constitucional que se da en la materia a raíz de la reforma de 1994, así como el desarrollo en leyes posteriores, pasando por el análisis de los conceptos de consumidor y, en general, de consumo, con especial detenimiento en el tema de las cláusulas abusivas.

Luego de una pausa, se reanuda la sesión con la exposición de la comunicación presentada por el Sr. Agustín Luna Serrano, quien realiza una exposición de las cláusulas abusivas en el Derecho italiano y español, así como las diferentes sanciones de ambos ordenamientos.

Y finaliza la fase de defensa de las comunicaciones presentadas con la exposición del Presidente, en torno al Derecho de consumo en el Derecho colombiano, iniciando la misma abordando el tema de la protección constitucional y legal, sus principios, el ejercicio de los derechos por parte de los consumidores, así como el derecho comparado existente en la materia. Finalmente, expone las conclusiones de su trabajo.

Seguidamente, se da paso a un coloquio, en el que intervienen la práctica totalidad de los asistentes, tratándose el tema de las cláusulas abusivas y, en especial, en materia bancaria e hipotecaria; se resalta la necesidad de un sistema de prevención, tanto en la información del consumidor como respecto de la necesidad de acudir a procedimientos ágiles, tales como el arbitraje en materia de consumo.

Se da por finalizada la sesión a las 13.30 horas, encargándose al Ponente, Sr. D. José Ricardo Pardo Gato, y al Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg la redacción de las conclusiones definitivas

Reanudada la sesión, a las 16. 30 horas, se procede a dar lectura por el Sr. Pardo Gato de la redacción definitiva de las conclusiones, prosiguiéndose con un breve debate acerca de la redacción de alguno de los puntos.

Sometidas a aprobación por el Sr. Presidente, las conclusiones son aprobadas por unanimidad.

CONCLUSIONES PONENCIA: ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

PRIMERA.- La mejor forma de describir el Derecho del Consumo es calificarlo como un “*nuevo estado de la materia*” jurídica, lo que significa que el Derecho del Consumo es “*algo más*” que un mero agregado normativo dotado de simple especialidad docente e investigadora.

Desde la perspectiva de sus *componentes normativos y de sus fuentes instrumentales* el llamado Derecho del Consumo es un agregado jurídico interdisciplinar toda vez que engloba normas jurídico-públicas y jurídico-privadas. Más aún, podría decirse que –mejor que “interdisciplinar”– es un Derecho “*transversal*”: un Derecho que toma prestadas normas de la más diversa índole del Ordenamiento jurídico para aplicarlas en las transacciones de consumo a las que resulten objetivamente aplicables de acuerdo con el principio de “*favor utentis*”.

SEGUNDA.- Los contratos con consumidores y usuarios son contratos que, ante todo, *se rigen por leyes especiales* dedicadas a los *consumidores y usuarios*, aunque las leyes generales les resulten también de aplicación, e incluso -a veces- de aplicación primaria. El Contrato de Consumo [cada uno de los diferentes contratos de consumo, regidos por la Ley General o regidos por leyes especiales] es *un contrato*: con carácter general presenta todas las características, requisitos y efectos fundamentales de cualquier contrato; posee -*debe* poseer- un objeto y una causa; y nace del consentimiento.

TERCERA.- Los procesos de concentración o *cartelización* empresarial, así vertical como horizontal, conducen a un notable *empobrecimiento* de las fuentes de *información* de que dispone el consumidor. El consumidor o usuario, en el ámbito de la actividad contractual precisa ser protegido tanto en la fase de perfección del contrato, comenzando por la etapa preliminar –incluso antes de los que podríamos considerar tratos o negociaciones precontractuales–, intentando garantizar la libertad del consentimiento.

CUARTA.- Se aconseja el fomento de las medidas preventivas, en aras de la mejor defensa del consumidor, a los efectos de evitar la judicialización del conflicto.

QUINTA.- En la *fase de perfección del contrato*, el consumidor o usuario precisa ser protegido:

1. Mediante el control de la transparencia, licitud y lealtad publicitaria -incluida la libertad de recibir, o no, publicidad comercial-, y merced a la atribución de eficacia vinculante a las afirmaciones publicitarias de los empresarios.

2. Mediante la transparencia en el empleo de signos distintivos.

3. Mediante una adecuada información precontractual.

4. Asegurando la libertad e intimidad/privacidad del consumidor, de modo que no se vea acosado por técnicas de venta agresivas, como los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, las ventas en pirámide o en bola de nieve.

5. Mediante el control de la *incorporación* de las condiciones generales y de la contratación de consumo por adhesión.

6. Ocasionalmente, mediante la configuración de ciertos contratos de consumo, como contratos estrictamente formales.

Y todo lo anterior, aunque con especiales características, debe garantizarse también en el marco de la contratación electrónica.

SEXTA.- En la *fase de ejecución del contrato*, el consumidor o usuario precisa ser protegido:

1. Mediante el control de la *justicia y equilibrio contractual* -que no ya de la incorporación-, en la aplicación de condiciones generales o cláusulas predispuestas, en la contratación de consumo, por adhesión.

2. Mediante la legislación sobre régimen de autorización de productos y servicios.

3. Mediante la regulación de la *obligación de conformidad* y la existencia de regímenes eficaces de comprobación de la conformidad de los productos, y de reclamación por la falta de aquélla.

4. Mediante un adecuado régimen de conexión entre el contrato de consumo y las técnicas de financiación del consumo, estableciendo -o reconociendo- vínculos de conexión contractual entre los contratos de consumo y los de financiación por terceros.

Y todo lo anterior, aunque con especiales características, debe garantizarse, también, en el marco de la contratación electrónica.

SÉPTIMA.- La *publicidad* se sitúa en las primeras fases del proceso de celebración de contratos mercantiles y de consumo, ya que -en la medida en que constituye una forma de comunicación- proyecta *mensajes dirigidos a los potenciales clientes*, cuyos mensajes no son "neutros" o "innocuos", sino que poseen un carácter sesgado y vectorial: tienen el propósito -por lo demás, *legítimo* [*"prima facie"*]- de seducir e inducir a celebrar contratos.

OCTAVA.- La información precontractual habrá de ser:

1. Efectiva, eficaz o practicable; es decir: ha de tratarse de una información *idónea para producir los efectos, en aras a la consecución de la finalidad perseguida*.

2. Oportuna: la información debe ser proporcionada al interesado, no en cualquier momento, sino precisamente en *aquel instante o durante aquel período de tiempo en el que el acceder a esa información puede resultarle útil*.

3. Veraz: esta *información* ha de ser *fidedigna*, garantizándose su correspondencia con la realidad.

4. Suficiente, por incluir todos los datos relevantes para que -p.e.- el ahorrador pueda adoptar decisiones de consumo.

NOVENA.- Las técnicas de *control* de la *licitud contractual*, que tienen que ver con la posibilidad de *declarar ineficaces* los contratos celebrados en circunstancias *irregulares* o *ilícitas*, pretenden proyectar su incidencia sobre *negocios jurídicos* -contratos- *singulares* o *singularmente* considerados. No constituyen técnicas de control de *actividades*, sino de *actos*, incluso aunque pudiera revestírselas de una eficacia "*ad tertios*". Por este mismo motivo, las técnicas de control de la *licitud/validez/eficacia contractuales* han de aplicarse, no cuando pueda existir una cierta *ilicitud* del "*entorno*" de la negociación contractual, sino solamente cuando esa *ilicitud* del entorno *incide, directamente*, sobre los *requisitos de validez del contrato*; a saber: consentimiento, objeto y causa.

DÉCIMA.- Los contratos de consumo pueden estar precisados de *integración*, la cual debe llevarse a cabo orientada "*pro utenti*", en beneficio del consumidor.

DÉCIMO PRIMERA.- El derecho de desistimiento unilateral es un mecanismo idóneo de protección de los consumidores en materia contractual.

DÉCIMO SEGUNDA.- La protección del consumidor deberá extenderse incluso a aquellas *cláusulas abusivas* que se encuentren insertas en contratos que no son de condiciones generales; o -por decirlo de otro modo- la protección deberá extenderse a las cláusulas abusivas *singulares* contenidas en los que se describen como contratos de adhesión *particulares*; contratos con cláusulas que reunirían las condiciones de "*predisposición*" y de "*imposición*", faltándoles solamente el factor de la generalidad.

DÉCIMO TERCERA.- Se hace necesario proponer la determinación de una lista exhaustiva, clara y precisa de cláusulas abusivas, que se aleje de posibles dudas interpretativas sobre el color o la intensidad de la misma, a los efectos de la concreción de una lista inequívoca de aquellas cláusulas que por su carácter abusivo determine su eliminación/erradicación de los contratos, ya sean o no de adhesión, y sin perjuicio de su actualización normativa y de considerar cláusulas abusivas las que puedan reconducirse al concepto general contenido en las disposiciones normativas aplicables.

DÉCIMO CUARTA.- En aras a dar cumplimiento al *principio de libertad contractual*, entendido como posibilidad de prestar un consentimiento libre, consciente e informado, las condiciones generales deberán estar redactadas con concreción, claridad y sencillez, de modo que sea posible su comprensión directa, sin reenvíos a otros textos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo momento, debe hacerse referencia en el momento contractual. Y, además, deberá imponerse al empresario la obligación de entregar “*ad probationem*”, al consumidor o usuario: un recibo justificante, o una copia del documento contractual o una copia del presupuesto.

DÉCIMO QUINTA.- Es un mecanismo idóneo de protección de los derechos de consumidores y usuarios la consagración normativa de las acciones colectivas y la técnica de inversión de la carga de la prueba.

DÉCIMO SEXTA.- La tutela de los consumidores y usuarios aconseja contar con procedimientos ágiles y eficaces, judiciales o extrajudiciales, que garanticen la efectividad de sus derechos e intereses legítimos.

ACTAS
MESA PERMANENTE - INAUGURACIÓN - CLAUSURA

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA DE LA MESA PERMANENTE DE LAS ACADEMIAS DE JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA

En Pazo de Mariñán a los 14 días del mes de octubre de 2010 se reunió, previa convocatoria escrita y circularizada con la necesaria anticipación, el Consejo de Delegados de las Academias de Jurisprudencia, Legislación Y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, previsto por el artículo 6 de los Estatutos

El orden del día establecido por la Presidencia incluyó los siguientes temas:

- 1) Llamado a lista.
- 2) Elección de la Mesa Directiva para el período 2010-2013.
- 3) Escogencia de Sede para el VIII Congreso
- 4) Reuniones regionales
- 5) Asuntos varios.

LLAMADO A LISTA

Efectuado el llamado a lista por el Secretario de Presidencia se deja constancia de la inasistencia y falta de representación por parte de la Academia de Murcia y la Academia Brasileira de Letras Jurídicas. A continuación se incluye el listado completo de Presidentes o Representantes de las Academias presentes a saber:

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA (ARGENTINA)

Representada por

DR. D JUAN CARLOS PALMERO

Presidente

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES
(ARGENTINA)**

(Presidente DR. D. EDUARDO AGUIRRE OBARRIO)

Representada por

DR. D. SANTOS CIFUENTES

Académico de Número.

ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS JURÍDICAS DE BOLIVIA

Representada por

DR. D. RAMIRO MORENO BALDIVIESO

Presidente

ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES, POLÍTICAS Y MORALES

Representada por

DR. D. JOSÉ LUIS CEA EGAÑA

Presidente

ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA

Representada por

DR. D. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

ACADEMIA COSTARRICENSE DE DERECHO

(Presidente DR. D. RICARDO ZELEDÓN ZELEDÓN)

Representada por

DR. D. ERNESTO JINESTA LOBO

Secretario General.

ACADEMIA DE DERECHO DE HONDURAS

(Presidente DR. D. CARLOS LÓPEZ CONTRERAS)

Representada por

DR. D. SERGIO ZAVALA LEIVA

Secretario general

ACADEMIA MEXICANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

(Presidente DR. D. FERNANDO SERRANO MIGALLON)

Representada por

Dr. D. OSCAR VASQUEZ DEL MERCADO

Académico de número

ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE NICARAGUA

Representada por

DR. D. KARLOS MANUEL NAVARRO MEDAL

Presidente

ACADEMIA PARAGUAYA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

(Presidente DR. D. JOSÉ ANTONIO MORENO RUFINELLI)

Representada por

DR. D. BONIFACIO RÍOS AVALOS

Académico de Número- Secretario General

ACADEMIA PERUANA DE DERECHO

(Presidente DR. D. DOMINDO GARCÍA BELAUNDE)

Representada por

DR. D. LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA

Vicepresidente

ACADEMIA PORTORRIQUEÑA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Representada por

DR. D. ANTONIO GARCÍA PADILLA

Presidente

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE VENEZUELA

Representada por

DR. D. ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

Presidente

ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Representada por

EXCMO. SR. D. ÁNGEL BONET NAVARRO

Presidente

ACADEMIA ASTURIANA DE JURISPRUDENCIA

Representada por

EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS PÉREZ DE CASTRO

Presidente

ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BALEARES

Representada por

EXCMO. SR. D. MIGUEL MASOT MIQUEL

Presidente

ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE CATALUÑA

Representada por

EXCMO. SR. D. JOSÉ D. GUARDIA I CANELA

Presidente

REAL ACADEMIA DE JURIPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE GRANADA

Representada por

EXCMO. SR. D. LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ

Presidente

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

(Presidente EXCMO. SR. D. LANDELINO LAVILLA ALSINA)

Representada por

EXCMO. SR. D. RAFAEL NAVARRO VALLS

Secretario General

REAL ACADEMIA SEVILLANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

(Presidente EXCMO. SR. D. PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS)

Representado por

ILMO. SR. D. VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO

Académico de Número

ACADEMIA VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Representada por

EXCMO. SR. D. FRANCISCO REAL CUENCA

Presidente

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE VALLADOLID

(Presidente EXCMO. SR. D. ALFONSO CANDAU PÉREZ)

Representado por

ILMO.SR. DON JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

Académico de Número

En uso de la palabra el Señor Presidente de la Mesa Permanente, Don Luis Moisset de Espanés, inicia su intervención con la bienvenida y el agradecimiento por la muy concurrida presencia así como la calidad de los trabajos presentados al presente Congreso.

ELECCIÓN DE LA MESA DIRECTIVA.

El Señor Vicepresidente Excelentísimo Doctor Don RAFAEL NAVARRO VALLS, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con Sede en Madrid propone la reelección del actual Presidente Excelentísimo Doctor Don LUIS MOISSET DE ESPANÉS, para que continúe como Presidente dada sus calidades personales, su compromiso, vitalidad y ejecutorias durante el ejercicio de la Presidencia en el período que termina. La postulación es acogida y aprobada unánimemente.

El siguiente tema abordado por la Presidencia tiene que ver con los Vice Presidentes de la Mesa Permanente. Por tanto, desde el recordado Congreso verificado en Colombia y por la gestión adelantada por los dignatarios en funciones, sugiere a los asistentes ratificar a los actuales Vicepresidentes a la vez que ampliar en dos (2) plazas puesto que el Estatuto así lo permite.

En tal virtud propone mantener los actuales Vicepresidentes así: Fernando Serrano Migallón de México, para el área Mesoamericana; Marco Gerardo Monroy Cabra de Colombia para la Región Andina y para el Cono Sur sugiere crear una Vicepresidencia en la que podría designarse a Don José Luis Cea Egaña, en atención tanto a sus condiciones personales, como a la elección de Santiago de Chile como futura sede para el VIII Congreso General.

La votación arroja la unanimidad y el Presidente Moisset hace la aclaración de que la escogencia no se hace por país, academia o región geográfica sino que es en atención a las virtudes que adornan a la persona elegida y no a su ubicación o temporalidad Presidencial.

Hace uso de la palabra don José Luis Cea Egaña, quién agradece emocionadamente en su propio nombre la designación como Tercer Vicepresidente por Latinoamérica.

En cuanto a la región Española se recuerda que ella cuenta con 3 Vicepresidentes:

El Excmo. Señor Dn José Guardia I Canela de Cataluña, el Doctor José Antonio García Caridad por la Región de Galicia y Don Rafael Navarro Valls por la Real Academia de Madrid.

Se propone la creación de una Vicepresidencia para la Zona de Andalucía y Murcia en la persona de Don Luis de Angulo Rodríguez quién venía desempeñando las funciones de Director y fue desde 1994 uno de los que forjaron las bases constitutivas de la Conferencia de Academias de Iberoamérica. Tal solicitud y postulación cuenta con la unanimidad de los presentes a lo cual responde el homenajeado Don Luis de Angulo con un emocionado "Gracias".

Refrenda el Presidente Moisset la gratitud de todos los presentes y en especial de los fundadores de esta Corporación puesto que fue Don Luis de Angulo el autor del protocolo de colaboración entre nuestras Academias, así como el gestor de los Estatutos iniciales.

Por las razones de ser elevado Dn Luis de Angulo Rodríguez a la condición de Vicepresidente, propone que el actual Secretario de Presidencia pase a la condición de Director.

La moción es aprobada unánimemente. El Doctor Rafael Forero-Contreras de Colombia solicita la palabra y agradece el depósito de confianza a la vez que se compromete a continuar trabajando para lograr el éxito de los fines propuestos.

ELECCIÓN SEDE VIII CONGRESO.

Con relación a la sede para el próximo congreso a celebrarse en 2013 recuerda el sistema de rotación entre España y Latinoamérica que se ha procurado establecer y se desea mantener. Por lo tanto y previos los necesarios acercamientos, se postula a la Academia Chile para realizar en Santiago de Chile VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica.

En tal virtud, se adelanta la postulación en cabeza del Señor Presidente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales Don José Luis Cea Egaña en el sentido de ofrecerle la sede para adelantar las consultas necesarias tendientes a definir, en un razonable plazo de 4 meses, si su Academia estaría en condiciones de aceptar el compromiso de ser la sede del próximo Congreso.

Acto seguido, solicita el uso de la palabra Don JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, quién agradece ante todo el lenguaje cuidadoso empleado por el Presidente para referirse a la posibilidad de realización de dicho Congreso en su País y a cargo de la Academia que actualmente preside, en el entendido que él es muy consciente de la importancia de asumir el compromiso tanto en los aspectos jurídicos como la logística y los ingentes gastos que implica adelantar tal empresa. Igualmente manifiesta que someterá al pleno de su Academia la posibilidad de esta designación con motivo de la sesión del lunes 25 de octubre y que por tanto se debe ser muy cauteloso al respecto. Refrenda la sugerencia de tomar 4 meses de plazo para la decisión respectiva.

Acto seguido, y con relación a futuras sedes, queda planteada como alternativa para dentro de 6 años, época en la que regresaría a España la Sede que el IX Congreso, que tenga lugar en la Ciudad de Barcelona bajo la responsabilidad de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña de la cual es Presidente Don José Guardia I Canela.

Solicita el uso de la palabra Don JOSÉ GUARDIA I CANELA quién agradece la postulación para el 2016 sin que ello sea entendido como obligación sino como un anticipo sometido a las condiciones del momento futuro, esto es, con una condición suspensiva en lo económico pues la decisión jurídica y la buena voluntad están presentes desde ya.

Se deja constancia en la presente acta que el delegado Oscar Vásquez del Mercado, en representación de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y legislación solicitó se tuviese en cuenta la postulación de su Academia para verificar el VIII Congreso en los Estados Unidos Mexicanos si el evento no pudiese verificarse en Chile, pedido que ha sido considerado favorablemente por la Mesa Permanente, como se informa por separado.

Igualmente, la Secretaría deja constancia del agradecimiento de los Señores Presidentes y representantes Generales en lo que a escogencia de futuras sedes queda aquí planteado.

REUNIONES REGIONALES

Retoma la palabra el Presidente Moisset para referirse a la importancia de realizar reuniones regionales preparatorias que tengan por objeto mantener viva la actividad de esta entidad así como escoger temas de importancia general, y que a su vez puedan servir como temario para los Congresos Generales que se verifican cada tres (3) años.

Manifiesta que se ha considerado distribuir en seis áreas o regiones -que en ningún momento pueden ser consideradas como zonas geográficas impuestas- sino más bien con un sentido de confraternidad territorial para adelantar gestiones en forma más expedita a saber:

Región Mesoamericana conformada por México y los países centroamericanos cuyas Academias existen o llegaren a formarse en el próximo futuro. Estas son: México, Puerto Rico, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, y en el futuro las Academias que naciesen en el Salvador, Guatemala, República Dominicana o Panamá.

Región Andina, integrada por Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia.

Región Cono Sur, integrada por Argentina, Paraguay, Chile y Brasil, e incluiría Uruguay si se formase allí una Academia de Jurisprudencia.

En cuanto a las Regiones Ibéricas, se distribuirían así:

Levante: Cataluña, Baleares, Aragón y Valencia.

Sur: Murcia, Sevilla, Granada y, eventualmente, Canarias.

Centro Oeste: Madrid, Asturias, Valladolid, Galicia.

VARIOS.

Tocando aspectos varios, el Presidente Moisset solicita la autorización de la Mesa en pleno para que tanto la Presidencia desde Córdoba y su Academia; como la Dirección Ejecutiva en Colombia y su Academia, puedan dar a conocer y publicar, tanto los trabajos presentados a este Congreso, como también mantener informados a los Miembros de la Comunidad Iberoamericana a través de las respectivas páginas de la Academia de Córdoba y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia los escritos, publicaciones o artículos de los miembros de las Academia afiliadas. Así se aprueba.

El Señor Vicepresidente Excelentísimo Don RAFAEL NAVARRO VALLS, propone que se solicite al Gobierno Español la concesión de la Gran Cruz de Alfonso X el Sabio para el Señor Presidente de la Academia Gallega Excelentísimo Don JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD, por la excelente organización del Presente **VII CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA.**

Se presenta el proyecto de logo de la Institución, que no recibe ninguna observación en contrario, salvo la sugerencia de retirar del título la expresión “y Filipinas”. Esta propuesta es sustentada por el Señor Vicepresidente Don José Guardia I Canela en atención a que el esfuerzo de vincular dicho territorio desde que naciera la Conferencia de Academias, y hasta el presente Congreso no se ha podido cristalizar. Así se aprueba.

Se dispone actualizar las direcciones, teléfonos y correos electrónicos de los Señores Presidentes y Representantes de las Academias participantes entregando al Director los datos o hacerlos llegar a la mayor brevedad para su actualización y posterior difusión una vez aprobado por la Presidencia al igual que el envío del acta que recoge lo tratado en la sesión de esta fecha.

Se deja constancia de la presencia e intervención del Presidente de la Academia Gallega don José Antonio García Caridad, quién hace una síntesis de los esfuerzos adelantados con miras a la ejecución y realización del presente Congreso. Igualmente manifiesta que el Comité de Organización planea elaborar un libro con la memoria de las Ponencias Generales, comunicaciones y material del presente evento.

El Presidente y los presentes manifiestan su aprobación, agrado y felicitación al Presidente José Antonio García Caridad por el éxito científico logístico y de toda índole del evento que transcurre en normalidad y notorio éxito

Por no haber más de que tratar se levanta la sesión que se inició a las 6:00 p.m. cerrándose a las 7:15 p.m. Para constancia, previa aceptación y aprobación, se firma por el Presidente y el Director Ejecutivo.

Adenda: Al ser elevado a la condición de Director Dn. Rafael Forero Contreras, es nombrada Secretaria de Presidencia Dña. María Morandeira Caridad.

ACTA DE SESIÓN INAUGURAL

“VII CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA Y FILIPINAS”

En el Salón de actos del Pazo de Mariñán (Bergondo-A Coruña), siendo las 10,00 horas del día 13 de octubre del 2010, se procede, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del reglamento del Congreso, a la constitución del Consejo General del “VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas”, bajo la Presidencia de Honor de SS.MM. Los Reyes de España y de los Excmos. Sres. D. Luis Moisset de Espanés, Presidente de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, D. José Antonio García Caridad, Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, quedando integrado bajo esta Presidencia los miembros de la Junta de Gobierno de esta Academia, D. José Luis López Mosteiro, D. Arsenio Cristóbal Fernández-Portal, D. José María Botana López, D. Francisco Manuel Ordóñez Armán, D. José Luis Seoane Spiegelberg y D. Jesús Varela Fraga; por los Miembros de la Mesa Permanente de Academias, D. Eduardo Roca Roca, D. Rafael Navarro Valls, D. Jópep D. Guardia i Canela, D. Luis de Angulo Rodríguez, y D. Marco Gerardo Monroy Cabra, D. Oscar Vasquez del Mercado y D. Francisco Javier Gaxiola.

Constituido el Consejo General del Congreso, siendo las 10,15 horas se procede a la Solemne apertura oficial del Congreso, constituyendo la Mesa de Presidencia del acto los Presidentes del Consejo General del Congreso y como autoridades asistentes, el Excmo. Sr. Presidente de la Diputación Provincial de A Coruña D. Salvador Fernández Moreda, Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia D. Miguel Ángel Cadenas Sobreira y el Ilmo. Sr. D. Carlos González-Garcés Teniente Alcalde, en representación del Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de A Coruña.

Asisten al Acto las siguientes Personalidades: D. José Carro Otero, Presidente de la Real Academia de Medicina y Cirugía de Galicia, D. Xesús Palmou Lorenzo Conselleiro del Pleno del Consello de Contas de Galicia, D. Hermes Rego Valcarce Decano de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Galicia, D. Antonio Platas Tasende Decano del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña, D. Germán Prieto-Puga Somoza Presidente del Colegio de Graduados Sociales de A Coruña, D. José Luis Méndez López Director de la Fundación Caixa Galicia, D^a Nieves Santomé Couto Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Ferrol, D. Luis Enrique Vicente Sánchez Gerente del Colegio Médico de A Coruña y una amplia representación del mundo académico iberoamericano.

Abre el acto el Excmo. Sr. Presidente de la Diputación Provincial, quien pronuncia unas palabras de bienvenida a los Congresistas asistentes y pasa seguidamente a ceder la palabra al Presidente

de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación D. José Antonio García Caridad, quien en nombre de la Academia muestra su satisfacción por ser esta Institución la encargada de la organización del Congreso y el agradecimiento a todos los organismos y entidades que han colaborado para que haya sido posible este evento. Finalmente el Sr. Presidente de la Mesa Permanente de Academias Iberoamericanas Dr. Luis Moisset de Espanés, declara inaugurado el Congreso, para que después de un breve descanso, se proceda a la exposición, estudio y discusión en las correspondientes Secciones, de la Ponencias y Comunicaciones presentadas.

Dichas Secciones quedan integradas en la forma siguiente:

- Ponencia “Derecho Global”: Presidente D. Rafael Navarro Valls, Coordinador D. José Luis Meilán Gil, Vocales D. José Luis López Mosteiro y D. Jesús Varela Fraga, Secretario D. Luis Maside Miranda.

- Ponencia “Persona Jurídica”: Presidente Dr. D. Oscar Vázquez del Mercado, Coordinador D. José Luis García-Pita y Lastres, Vocales D. Arsenio Cristóbal y Fernández-Portal y D. José Antonio García Vila, Secretarias Doña Angélica Díaz de la Rosa y Doña Rocío Quintáns Eiras.

- Ponencia “Arbitraje Internacional”: Presidente D. Josep D. Guardia i Canela, Coordinador D. Domingo Bello Janeiro, Vocales D. Francisco Puy Muñoz y D. José Luis Conde Salgado, Secretaria Doña María Milagros Otero Parga.

- Ponencia “Estatuto del Consumidor”: Presidente D. Gerardo Monroy Cabra, Coordinador D. José Ricardo Pardo Gato, Vocales D. José Luis Seoane Spiegelberg y D. Antonio Fraga Mandián, Secretario D. Augusto José Pérez-Cepeda Vila.

Siendo las 10,30 horas, se levanta la Sesión inaugural, de la que yo Secretario General, con el Visto Bueno del Sr. Presidente de la Academia doy fe.

Vº Bº

José Antonio García Caridad
Presidente

José María Botana López
Secretario General

ACTA SESIÓN CLAUSURA

“VII CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA Y FILIPINAS”

En el Salón de actos del Pazo de Mariñán (Bergondo-A Coruña), siendo las 10,00 horas del día 15 de octubre de 2010, se procede a celebrar los actos de defensa de conclusiones y clausura del “VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas” de conformidad con lo establecido en el artículo 23 al 31 de su Reglamento, bajo la Presidencia del Excmo. Sr. Conselleiro de Presidencia, Administracions Públicas e Xustiza D. Alfonso Rueda Valenzuela y los Excmos. Sres. D. Luis Moisset de Espanés Presidente de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, D. José Antonio García Caridad Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación y D. Eduardo Roca Roca Presidente de Honor de la Mesa Permanente de Academias.

Están presentes las siguientes autoridades y personalidades, Ilmo. Sr. Delegado de la Xunta en la provincia de A Coruña D. Diego Calvo Pouso, Ilmo. Sr. D. Jesús Palmou Lorenzo Vocal del Consello de Contas de Galicia, Excmo. Sr. Decano del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña D. Antonio Platas Tasende, así como numerosos Académicos congresistas pertenecientes a las Academias asistentes en el Congreso.

La Presidencia del Congreso da comienzo a la Sesión del Pleno para la defensa, discusión y votación de las Conclusiones aprobadas en las correspondientes Secciones.

Abierto el acto, el Sr. Presidente de la Academia Gallega D. José Antonio García Caridad, manifiesta que de acuerdo con los artículos 25 y 26 del Reglamento se concederá la palabra a los coordinadores generales de las distintas Secciones para que expongan sin exceder de 10 minutos las conclusiones de las Ponencias elevadas en forma al Pleno por D. Rafael Navarro Valls en “Derecho Global”, D. Óscar Vázquez del Mercado en “Persona Jurídica”, D. Josep D. Guardia i Canela en “Arbitraje Internacional” y D. Marco Gerardo Monroy Cabra en “Estatuto del Consumidor”.

En primer lugar la Presidencia del Congreso concede la palabra al ponente sobre “Derecho Global” D. José Luis Meilán Gil representando a D. Rafael Navarro Valls, que realiza la exposición de las conclusiones de la Ponencia aprobadas por unanimidad en la Sección, cuyo texto se incorpora a esta Acta, formando parte integrante de la misma. Y no existiendo intervenciones en contra son aprobadas por asentimiento de los congresistas asistentes.

A continuación la Presidencia da la palabra al coordinador de la Ponencia “Persona Jurídica” D. Oscar Vázquez del Mercado, quién hace relación de las conclusiones aprobadas con unanimidad en

la correspondiente Sección cuyo texto se incorpora a esta Acta, formando parte de la misma. Y no formulándose ninguna alegación en contra quedan aprobadas por asentimiento.

La Presidencia seguidamente cede la palabra al coordinador de la Ponencia “Arbitraje Internacional” D. Josep D. Guardia i Canela, que realiza las conclusiones aprobadas unánimemente en la Sección, incorporándose su texto a esta Acta para formar parte de la misma, quedando aprobadas por asentimiento al no existir intervenciones en contra.

Finalmente por la Presidencia se concede la palabra al coordinador de la Ponencia “Estatuto del Consumidor” D. Marco Gerardo Monroy Cabra, que hace relación de la conclusiones aprobadas también por unanimidad en la Sección y no existiendo ningún parecer en contra, se aprueban por asentimiento de los congresistas asistentes, por lo que se procede a incorporar su texto a esta Acta, formando parte de la misma.

La Presidencia del Congreso, aprobadas todas las conclusiones elevadas al Pleno, da por finalizada la Sesión de discusión y votación de conclusiones y, seguidamente se hace entrega por D. José Antonio García Caridad de los Diplomas de nombramiento de Académicos Miembros Correspondientes de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación en América, a los Presidentes y representantes de las Academias asistentes al Congreso Señores Dr. D. Luis Moisset de Espanés, Presidente de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas; Dr. D. Francisco Javier Gaxiola Ochoa, Vicepresidente Honorario de la Mesa Permanente de Academias y Académico de Número de la Academia de México; Dr. D. Rafael Forero Contreras, Director Ejecutivo de la Mesa Permanente de Academias y Académico de Número de la Academia de Colombia; Dr. D. Juan Carlos Palmero, Presidente de la Academia de Córdoba (Argentina); Dr. D. Santos Cifuentes, Académico representante de la Academia de Buenos-Aires (Argentina); Dr. D. Eduardo Aguirre Obarrio, Presidente de la Academia de Buenos Aires (Argentina); Dr. D. Ramiro Moreno Baldivieso, Presidente de la Academia de Bolivia; Dr. D. José Luis Cea Egaña, Presidente de la Academia de Chile; Dr. D. Marco Gerardo Monroy Cabra, Presidente de la Academia de Colombia; Dr. D. Ernesto Jinesta Lobo, representante de la Academia Costarricense; Dr. D. Ricardo Zeledón Zeledón, Presidente de la Academia Costarricense; Dr. D. Sergio Zavala Leiva, representante de la Academia de Honduras; Dr. D. Carlos López Contreras, Presidente de la Academia de Honduras; Dr. D. Oscar Vásquez del Mercado, representante de la Academia Mexicana; Dr. D. Fernando Serrano Migallón, Presidente de la Academia Mexicana; Dr. D. Karlos Manuel Navarro Medal, Presidente de la Academia de Nicaragua; Dr. D. Bonifacio Ríos Avalos, Presidente de la Academia Paraguaya; Dr. D. José A. Moreno Ruffinelli, Presidente de la Academia Paraguaya; Dr. D. Lorenzo Zolezzi Ibárcena, representante de la Academia de Perú; Dr. D. Domingo García Belaunde, Presidente de la Academia de Perú; Dr. D. Antonio García Padilla, Presidente de la Academia Portorriqueña y Dr. D. Román Duque Corredor, Presidente de la Academia de Venezuela.

A continuación también se procede a la entrega del diploma de nombramiento de Académico Miembro Correspondiente en otras Comunidades Autónomas de España a los Señores: D. Ángel Bonet Navarro, Presidente de la Academia de Aragón; D. José Luis Pérez de Castro, Presidente de la Academia Asturiana; D. Miquel Masot Miquel, Presidente de la Academia de Baleares; D. Josép D. Guardia i Canela, Presidente de la Academia de Cataluña; D. Luis de Angulo Rodríguez, Presidente de la Academia de Granada; D. Rafael Navarro Valls, Secretario General y representante de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y D. Landelino Lavilla Alsina, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, recogiendo los diplomas D. Ángel Sánchez de la Torre, Académico de Número de la citada Academia; D. Victorio Magariños Blanco, representante de la Academia de Sevilla; D. Pedro Luis Serrera Contreras, Presidente de la Academia de Sevilla; D. Francisco Real Cuenca, Presidente de la Academia de Valencia; D. José Luis Martínez López-Muñiz, representante de la Academia de Valladolid; D. Alfonso Candau Pérez, Presidente de la Academia de Valladolid; D. Eduardo Roca Roca, Presidente de Honor de la Mesa Permanente de Academias y Académico Numerario de la Academia de Granada.

A continuación se procede al acto de clausura, que se inicia con una breve disertación del Dr. Moisset, quien cede la palabra a D. Eduardo Roca, que aludió a los comienzos de los actos preparatorios de la constitución de la Conferencia de Academias de Iberoamérica, parte de las cuales tuvieron lugar en el Pazo de Mariñán, sede del actual Congreso, y felicita a todos por el éxito logrado. A continuación el Excmo. Sr. Conselleiro de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza D. Alfonso Rueda Valenzuela, representando al Excmo. Sr. Presidente de la Xunta de Galicia D. Alberto Núñez Feijoo, después de agradecer a los congresistas su asistencia y aportaciones a las jornadas de trabajo realizadas, declara, siendo las 11,00 horas, clausurado el “VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas”.

Una vez que se dio por finalizado el Congreso, yo Secretario General de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, extiendo la presente Acta con el Visto Bueno del Excmo. Sr. Presidente.

Vº Bº

José Antonio García Caridad

Presidente

José María Botana López

Secretario General

NÓMINA DE ACADÉMICOS Y CONGRESISTAS

ACADÉMICOS DE NÚMERO (Año 2012)**Por orden N° Medalla**

- N° 1 ROMÁN GARCÍA VARELA, electo
 N° 2. JOSE MARÍA BOTANA LÓPEZ
 N° 3 JOSÉ IGNACIO GARCÍA MORATILLA
 N° 4 CARLOS R. FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ
 N° 5 FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN
 N° 6 JULIO PADILLA CARBALLADA
 N° 7 CELESTINO PARDO CASTIÑEIRA
 N° 8 JOSE BONET CORREA
 N° 9 GONZALO FERNÁNDEZ OBANZA, electo
 N° 10 ANTONIO PLATAS TASENDE, electo
 N° 11 DOMINGO BELLO JANEIRO
 N° 12 JOSÉ LUIS SEONE SPIEGELBERG
 N° 13 JOSÉ MANUEL LIAÑO FLORES
 N° 15 JESUS PINTOS URIBE, electo
 N° 16 CARLOS CAMBA SOUTO
 N° 17 ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, electo
 N° 18 ARSENIO CRISTÓBAL Y FERNÁNDEZ-PORTAL
 N° 19 LEANDRO GARCÍA LOSADA, electo
 N° 20 JOSÉ SEOANE IGLESIAS
 N° 21 ALFONSO ÁLVAREZ GÁNDARA, electo
 N° 22 CONSUELO CASTRO REY, electa
 N° 23 JESÚS VARELA FRAGA
 N° 24 JESÚS SOUTO PRIETO, electo
 N° 25 FRANCISCO PUY MUÑOZ
 N° 26 MODESTO BARCIA LAGO
 N° 27 MILAGROS MARÍA OTERO PARGA
 N° 28 ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO
 N° 29 JESÚS PALMOU LORENZO, electo
 N° 30 JOSE LUIS CONDE SALGADO, electo
 N° 31 JOSÉ SAMUEL ROBERES ÁLVAREZ
 N° 32 JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR
 N° 33 JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD
 N° 34 JULIO CÉSAR PICATOSTE BOBILLO, electo
 N° 35 MIGUEL ANGEL PEREZ ÁLVAREZ
 N° 36 LUIS RODRÍGUEZ ENNES
 N° 37 CESAR TORRES DÍAZ
 N° 38 JOSÉ LUIS MEILÁN GIL
 N° 39 JOSÉ LUIS LÓPEZ MOSTEIRO
 N° 40 MANUEL CRESPO RIVAS

Académicos Numerarios fallecidos desde octubre de 2010 (q. e. p. d.)

- N° 14 MANUEL FRAGA IRIBARNE († 15.01.2012)
 N° 24 MARCELINO CABANAS RODRÍGUEZ († 29.04.2011)
 N° 27 SANTIAGO NOGUEIRA ROMERO († 09.10.2011)
 N° 29 ANTONIO DÍAZ FUENTES († 27.05.2011)
 N° 34 CAMILO SUÁREZ FERNÁNDEZ († 23.11.2010)

ACADÉMICOS DE HONOR

JAIME HERVADA Y FERNÁNDEZ-ESPAÑA
 ENRIQUE MAPELLI GÓMEZ
 GABRIEL NIETO Y ÁLVAREZ URÍA
 SATURNINO SEIJO GAMALLO
 JOSÉ TRILLO FERNÁNDEZ ABELENDA
 MAURO VARELA PÉREZ
 JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO
 ALFONSO ZULUETA DE HAZ
 JAVIER MUNÁIZ PUIG
 EMILIO ATRIO ABAD
 CARLOS BELLÓN VÁZQUEZ
 RICARDO DÍAZ FRAGA
 LUIS MASIDE MIRANDA
 FRANCISCO JOSÉ VÁZQUEZ VÁZQUEZ
 JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
 MIGUEL ÁNGEL CADENAS SOBREIRA
 JOSÉ RAMÓN VÁZQUEZ SANDE

ACADÉMICOS MIEMBROS CORRESPONDIENTES

ÁNGEL LASO GONZÁLEZ
 ANTONIO FERNÁNDEZ CHAO
 ANTONIO FRAGA MANDIÁN
 ANTONIO JOSÉ LÓPEZ-ACUÑA LÓPEZ
 ANTONIO PILLADO MONTERO
 ANTONIO RUBIN MARTÍN
 ANTONIO ULLOA ALLONES
 ANTONIO VÁZQUEZ GUILLEN
 AUGUSTO JOSÉ PÉREZ CEPEDA-VILA
 CESAR RÚA MARTÍNEZ
 EMILIO SANTOMÉ CASTRO
 FERNANDO PANTÍN MANEIRO
 GONZALO GÓMEZ GONZÁLEZ
 GUILLERMO QUINTANILLA GARCÍA
 INMACULADA GARCÍA PRESAS
 JAVIER ÁLVAREZ SANTULLANO PINO
 JAVIER MAZON CENDÁN
 JOSÉ ANTONIO GARCÍA VILA
 JOSÉ GARCÍA-SEÑORANS TRILLO
 JOSÉ LUIS DOVAL PAZOS
 JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES
 JOSÉ MARÍA PARDO MONTERO
 JOSÉ NOVO FREIRE
 JOSÉ PABLO CASAS ESTEVEZ
 JOSÉ RICARDO PARDO GATO
 JOSÉ SANTIAGO PÉREZ
 JOSÉ VISPO MONTERO
 JUAN ANTONIO HERNÁNDEZ LÓPEZ
 JUAN ARESES TRAPOTE
 JUAN FERNANDO GUILLÁN FAJARDO
 JUAN RAMÓN BENEYTO BELLAS
 MANUEL ESTÉVEZ MENGOTTI
 MANUEL MARTÍN GÓMEZ
 MANUEL PORTELA ÁLVAREZ
 MARÍA DE LAS MERCEDES SUÁREZ DÍAZ
 MIGUEL ÁNGEL CAAMAÑO ANIDO
 NEMESIO BARXA ÁLVAREZ
 RAFAEL COLINA GAREÁ
 RAMÓN ALONSO PIZZI
 RAMÓN DE LOS REYES SÁNCHEZ
 RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO
 ROBERTO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
 SANTIAGO NOGUEIRA GANDÁSEGUI
 VÍCTOR PEÓN RAMA

ACADÉMICOS ADHERIDOS

ALBERTO ARUFE VARELA
 MARÍA ASUNCIÓN BARRIO CALLE
 JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO
 MARÍA PILAR CORTIZO MELLA
 VICTORIA DE DIOS VIEITEZ
 ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA
 GERARDO JESÚS GÁNDARA MOURE
 MIGUEL LORENZO TORRES
 ROCÍO QUINTÁNS EIRAS
 LUIS JAIME RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
 FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA
 MARÍA LUISA TATO FOUZ
 MIGUEL ÁNGEL DÍAZ DIAZ
 MARCELO LÓPEZ MESA

ACADÉMICOS MIEMBROS CORRESPONDIENTES (ESPAÑA)

ÁNGEL BONET NAVARRO (Aragón)
 JOSÉ LUIS PÉREZ DE CASTRO (Asturias)
 MIQUEL MASOT MIQUEL (Baleares)
 JOSÉ D. GUARDIA I CANELA (Cataluña)
 LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ (Granada)
 EDUARDO ROCA ROCA (Granada) - († 2011)
 LANDELINO LAVILLA ALSINA (Madrid)
 RAFAEL NAVARRO VALLS (Madrid)
 PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS (Sevilla)
 VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO (Sevilla)
 FRANCISCO REAL CUENCA (Valencia)
 ALFONSO CANDAU PÉREZ (Valladolid)
 JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (Valladolid)

ACADÉMICOS MIEMBROS CORRESPONDIENTES (AMÉRICA)

LUIS MOISSET DE ESPANÉS (Córdoba-Argentina)
 JUAN CARLOS PALMERO (Córdoba-Argentina)
 EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (Buenos Aires-Argentina)
 SANTOS CIFUENTES (Buenos Aires-Argentina)
 RAMIRO MORENO BALDIVIESO (Bolivia)
 JOSÉ LUIS CÉA EGAÑA (Chile)
 MARCO GERARDO MONROY CABRA (Colombia)
 RAFAEL FORERO CONTRERAS (Colombia)
 RICARDO ZELEDÓN ZELEDÓN (Costa Rica)
 ERNESTO JINESTA LOBO (Costa Rica)
 CARLOS LÓPEZ CONTRERAS (Honduras)
 SERGIO ZAVALA LEIVA (Honduras)
 JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (México)
 FERNANDO SERRANO MIGALLÓN (México)
 OSCAR VASQUEZ DEL MERCADO (México)
 FRANCISCO JAVIER GAXIOLA OCHOA (México)
 IVÁN ESCOBAR FORNOS (Nicaragua)
 KARLOS MANUEL NAVARRO MEDAL (Nicaragua)
 JOSÉ A. MORENO RUFFINELLI (Paraguay)
 BONIFACIO RÍOS AVALOS (Paraguay)
 DOMINGO GARCÍA BELAUNDE (Perú)
 LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA (Perú)
 ANTONIO GARCÍA PADILLA (Puerto Rico)
 ROMÁN J. DUQUE CORREDOR (Venezuela)

CONGRESISTAS

Art. 12 Reglamento: Serán Congresistas los Numerarios de las Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas que concurren al Congreso, los de Honor, Correspondientes y Adheridos de las Academias

RAMÓN ALONSO PIZZI
 RAUL ENRIQUE ALTAMIRA GIGENA
 ALFONSO ÁLVAREZ GÁNDARA
 JAVIER ÁLVAREZ SANTULLANO-PINO
 JUAN MANUEL APARICIO PUGA
 JUAN ARESES TRAPOTE
 ALBERTO ARUFE VARELA
 EMILIO ATRIO ABAD
 FRANCISCO BAENA BOCANEGRA
 MODESTO BARCIA LAGO
 SUSANA BARROSO MONTERO
 NEMESIO BARXA ÁLVAREZ
 DOMINGO BELLO JANEIRO
 JUAN RAMÓN BENEYTO BELLAS
 JOSÉ BONET CORREA
 ÁNGEL BONET NAVARRO
 JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ
 MIGUEL ÁNGEL CAAMAÑO ANIDO
 MARCELINO CABANAS RODRÍGUEZ
 PABLO CACHÓN VILLAR
 MIGUEL ÁNGEL CADENAS SOBREIRA
 JOSÉ CALABRUS LARA
 JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO
 CARLOS CAMBA SOUTO
 JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR
 JOSÉ PABLO CASAS ESTÉVEZ
 CONSUELO CASTRO REY
 JOSÉ LUIS CEA EGAÑA
 SANTOS CIFUENTES
 RAFAEL COLINA GAREA
 JOSÉ LUIS CONDE SALGADO
 MARÍA PILAR CORTIZO MELLA *
 JUAN ANTONIO CREMADES-SANZ PASTOR
 MANUEL CRESPO RIVAS
 ARSENIO CRISTOBAL Y FERNÁNDEZ-PORTAL
 LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ
 VICTORIA DE DIOS VIEITEZ
 RAMÓN DE LOS REYES SÁNCHEZ
 ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA
 RICARDO DÍAZ FRAGA
 ANTONIO DÍAZ FUENTES
 JOSÉ LUIS DOVAL PAZOS
 ROMÁN DUQUE CORREDOR

ANTONIO ESCURA VIÑUELA
 MANUEL ESTÉVEZ MENGOTTI *
 ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO
 ANTONIO FERNÁNDEZ CHAO *
 ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ
 GONZALO FERNÁNDEZ OBANZA
 CARLOS R. FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ
 ROBERT FOLLIA CAMPS
 RAFAEL FORERO CONTRERAS
 ANTONIO FRAGA MANDIÁN
 MARGARITA FUENTESECA DEGENEFFE
 GERARDO JESÚS GÁNDARA MOURE *
 JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD
 LEANDRO GARCÍA LOSADA
 ANTONIO RAMÓN GARCÍA PADILLA
 JOSÉ ANTONIO GARCÍA VILA
 JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES
 FRANCISCO JAVIER GAXIOLA OCHOA
 GONZALO GÓMEZ GONZÁLEZ
 JOSEP D. GUARDIA I CANELA
 JUAN FERNANDO GUILLÁN FAJARDO
 JUAN ANTONIO HERNÁNDEZ LÓPEZ
 JAIME HERVADA Y FERNÁNDEZ ESPAÑA
 EFRAIN HUGO RICHARD
 ERNESTO JINESTA LOBO
 FRANCISCO LA MONEDA DÍAZ
 ÁNGEL LASO GONZÁLEZ
 JOSÉ MANUEL LIAÑO FLORES
 JESÚS LÓPEZ MEDEL
 JOSÉ LUIS LÓPEZ MOSTEIRO
 RAMÓN LÓPEZ VILAS
 ANTONIO JOSÉ LÓPEZ-ACUÑA LÓPEZ
 MIGUEL LORENZO TORRES *
 AGUSTÍN LUNA SERRANO
 VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO
 ENRIQUE MAPELLI GÓMEZ
 MANUEL MARTÍN GÓMEZ
 JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
 JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ
 LUIS MASIDE MIRANDA
 MIQUEL MASOT MIQUEL
 JAVIER MAZÓN CENDÁN
 JOSÉ LUIS MEILÁN GIL

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
 MARCO GERARDO MONROY CABRA
 EDUARDO MONTULL LAVILLA
 RAMIRO MORENO BALDIVIESO
 RAMÓN MULLERAT BALMAÑA
 JAVIER MUNÁIZ PUIG
 KARLOS MANUEL NAVARRO MEDAL
 RAFAEL NAVARRO VALLS
 GABRIEL NIETO Y ÁLVAREZ-URÍA
 SANTIAGO NOGUEIRA GANDÁSEGUI
 SANTIAGO NOGUEIRA ROMERO
 JOSÉ NOVO FREIRE
 FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN
 MILAGROS MARÍA OTERO PARGA
 JULIO PADILLA CARBALLADA
 JUAN CARLOS PALMERO
 XESÚS PALMOU LORENZO
 CELESTINO PARDO CASTIÑEIRA
 JOSE RICARDO PARDO GATO
 JOSÉ MARÍA PARDO MONTERO
 VÍCTOR PEÓN RAMA
 MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ
 JOSÉ LUIS PÉREZ DE CASTRO
 AUGUSTO JOSÉ PÉREZ-CEPEDA VILA *
 ANTONIO PILLADO MONTERO
 JESÚS PINTOS URIBE
 ANTONIO PLATAS TASENDE
 MANUEL PORTELA ÁLVAREZ
 FRANCISCO PUY MUÑOZ
 GUILLERMO QUINTANILLA GARCÍA
 ROCÍO QUINTÁNS EIRAS
 HECTOR ENRIQUE QUIROGA CUBILLAS
 FRANCISCO REAL CUENCA
 BONIFACIO RÍOS AVALOS

EDUARDO ROCA ROCA
 CESÁREO ROCHA OCHOA
 LUIS RODRÍGUEZ ENNES
 LUIS JAIME RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
 ROBERTO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
 RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO
 CÉSAR RÚA MARTÍNEZ
 ANTONIO RUBÍN MARTÍN
 ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE
 JOSÉ SANTIAGO PÉREZ
 EMILIO SANTOMÉ CASTRO
 MARÍA DEL CARMEN SANZ ESCOVHUELA
 JUAN JOSÉ SANZ JARQUE
 FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA
 FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES
 SATURNINO SEIJO GAMALLO
 JOSÉ SEOANE IGLESIAS
 JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG
 JESÚS SOUTO PRIETO
 MARÍA LUISA TATO FOUZ *
 CÉSAR TORRES DÍAZ
 AUGUSTO TRUJILLO MUÑOZ
 ANTONIO ULLOA ALLONES
 JESÚS VARELA FRAGA
 MAURO VARELA PÉREZ
 OSCAR VASQUEZ DEL MERCADO
 ANTONIO VÁZQUEZ GUILLÉN
 JOSÉ RAMÓN VÁZQUEZ SANDE
 JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO
 JAIME VIDAL PERDOMO
 JOSÉ VISPO MONTERO
 SERGIO ZAVALA LEIVA
 LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA

* *Coordinadores de actividades*

EL CONGRESO EN IMÁGENES

Sesión Inauguración VII Congreso

Pazo de Mariñán / A Coruña, 13 de octubre de 2010

De izquierda a derecha: D. Miguel Ángel Cadenas Sobreira, D. José Antonio García Caridad, D. Salvador Fernández Moreda, D. Luis Moisset de Espanés, D. Carlos González Garcés





Inauguración VII Congreso
Pazo de Mariñán / A Coruña, 13 de octubre de 2010



Inauguración VII Congreso
Pazo de Mariñán / A Coruña, 13 de octubre de 2010

EXPOSICIÓN DE PONENCIAS



Pazo de Mariñán / A Coruña, 13 de octubre de 2010

Mesa Sección Ponencia “Derecho Global”

De izquierda a derecha: D. Luis Maside Miranda, D. José Luis Meilán Gil,
D. Rafael Navarro Valls, D. José Luis López Mosteiro y D. Jesús Varela Fraga



Pazo de Mariñán / A Coruña, 13 de octubre de 2010

Mesa Sección “Persona Jurídica”

De izquierda a derecha: D. Arsenio Cristóbal y Fernández Portal, D. José Luis García-Pita y Lastres,
D. Oscar Vasquez del Mercado, D. José Antonio García Vila y Dña. Rocío Quintans Eiras

EXPOSICIÓN DE PONENCIAS



Pazo de Mariñán / A Coruña, 14 de octubre de 2010

Mesa Sección “Arbitraje Internacional”

De izquierda a derecha: D. José Luis Conde Salgado, D. Francisco Puy Muñoz,
D. Josep D. Guardia i Canela, D. Domingo Bello Janeiro y Dña. Milagros María Otero Parga



Pazo de Mariñán / A Coruña, 14 de octubre de 2010

Mesa Sección “Estatuto del Consumidor”

De izquierda a derecha: D. José Luis Seoane Spiegelberg, D. José Ricardo Pardo Gato,
D. Gerardo Monroy Cabra, D. Antonio Fraga Mandián y D. Augusto José Pérez-Cepeda Vila



De izquierda a derecha: D. Miguel Lorenzo Torres, D. José Antonio García Caridad y D. Luis Moisset de Espanés

Recepción en el Excmo. Ayuntamiento de A Coruña el 14 de octubre de 2010



De izquierda a derecha:

D. José Antonio García Caridad, D. Carlos González Garcés, D. Luis Moisset de Espanés y D. José Luis Seoane Spiegelberg



Recepción en el Ayuntamiento de A Coruña el 14 de octubre de 2010



Recepción en el Ayuntamiento de A Coruña el 14 de octubre de 2010



Sesión Clausura VII Congreso

Pazo de Mariñán / A Coruña, 15 de octubre de 2010

De izquierda a derecha: D. José Antonio García Caridad, D. Alfonso Rueda Valenzuela y D. Diego Calvo Pouso



De izquierda a derecha: D. Luis Moisset de Espanés,
D. Alfonso Rueda Valenzuela y D. José Antonio García Caridad

Clausura VII Congreso

Pazo de Mariñán / A Coruña, 15 de octubre de 2010



Sesión Clausura Congreso
D. Alfonso Rueda Valenzuela y D. José Antonio García Caridad



Pazo de Mariñán / A Coruña, 15 de octubre de 2010
Sesión Clausura Congreso
Mesa Presidencia
De izquierda a derecha: D. Eduardo Roca Roca, D. Luis Moisset de Espanés,
D. Alfonso Rueda Valenzuela y D. José Antonio García Caridad



1

Pazo de Mariñán / A Coruña, 15 de octubre de 2010

Sesión Clausura Congreso

Exposición conclusiones de ponencias:

- 1.- Don Óscar Vázquez del Mercado
- 2.- Don José Luis Meilán Gil
- 3.- Don José Guardia i Canela
- 4.- Don Gerardo Monroy Cabra



2



3



4



D. Eduardo Roca Roca
Clausura VII Congreso
Pazo de Mariñán / A Coruña, 15 de octubre de 2010



Clausura VII Congreso
Pazo de Mariñán / A Coruña, 15 de octubre de 2010



Almuerzo clausura. Santiago de Compostela / A Coruña, 15 de octubre de 2010



Santiago de Compostela / A Coruña, 15 de octubre de 2010
Xacobeo 2010 - Catedral de Santiago de Compostela

El Congreso pudo realizarse con la colaboración y apoyo financiero que han prestado diferentes instituciones, sin el cual, el mismo no hubiera podido celebrarse. Nuestro agradecimiento a todos, en especial, a la Excm. Diputación Provincial de A Coruña, que ha facilitado el Pazo de Mariñán como sede del “VII CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA Y FILIPINAS” y la financiación de la publicación de este libro, que esperamos sirva para enriquecer el progreso de la ciencia jurídica.

Con la colaboración de

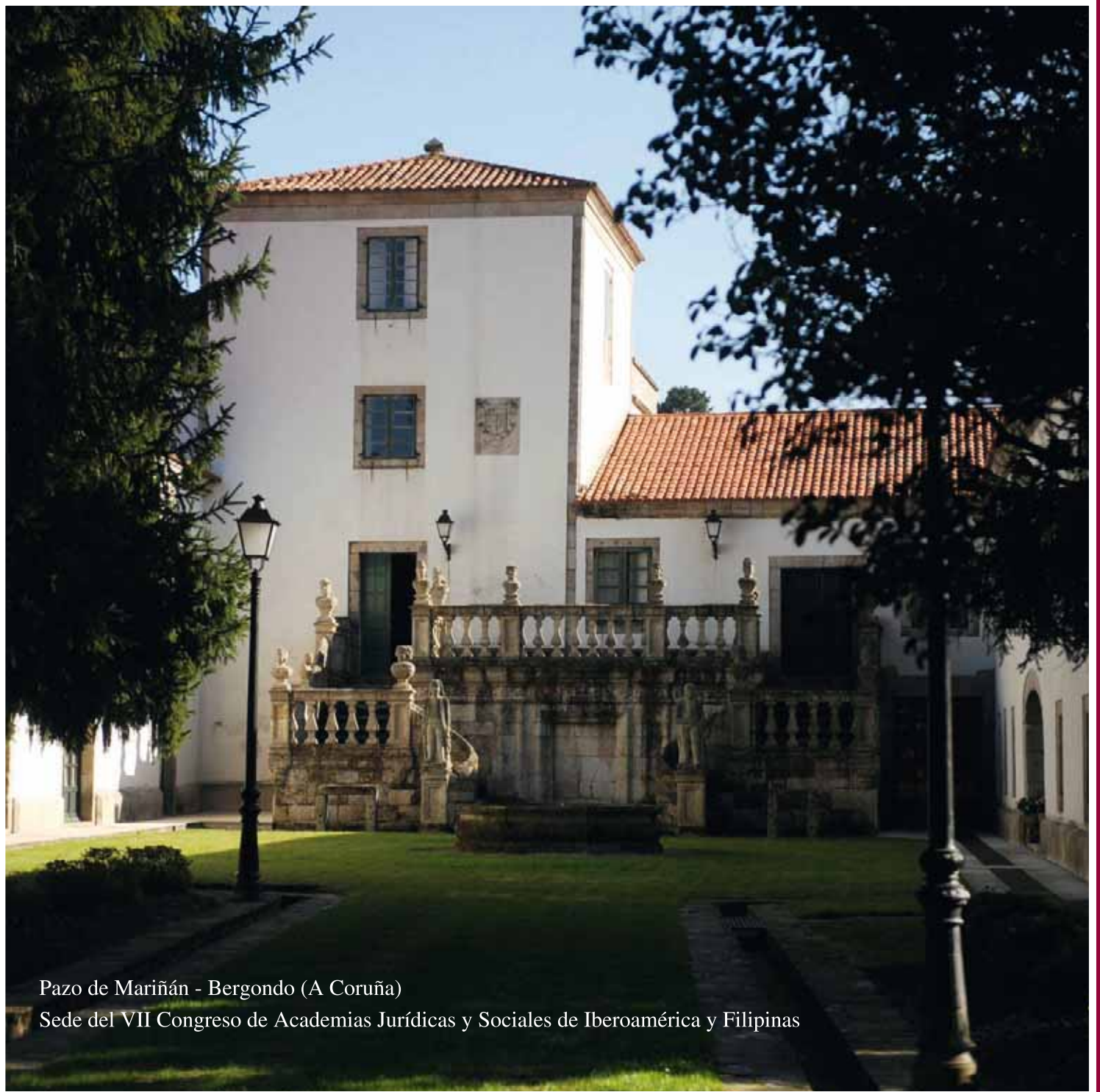


ilustre colegio provincial de
abogados de a coruña
1760 - 2010



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE A CORUÑA





Pazo de Mariñán - Bergondo (A Coruña)
Sede del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas

