



## SUMARIO

### DOCTRINA

#### A) DERECHO DE LA PERSONA

- 01/ La protección jurídica del concebido en el Derecho español. José Ramón de Verda y Beamonte (España).
- 02/ El RD 594/2015, de 3 de julio por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas: una reforma necesaria. Rosa M<sup>a</sup>. Ramírez Navalón (España).

#### B) DERECHO DE FAMILIA

- 03/ La inscripción de las parejas estables españolas: la necesidad de un registro único en cada comunidad autónoma. Roldán Jimeno Aranguren (España).

#### C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 04/ La protección de los menores en el ámbito contractual. Giovanni Berti de Marinis (Italia).

#### D) DERECHO MERCANTIL

- 05/ La unilateral imperatividad de los requisitos esenciales del contrato de seguro en el Código de Comercio chileno. Marcelo Barrientos Zamorano (Chile).

#### E) DERECHO PENAL

- 06/ El delito de admisión de beneficios en consideración al cargo y la prevención de la corrupción pública en Bolivia. Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas (España).

#### F) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- 07/ El arbitraje marítimo internacional en las Reglas de Rotterdam. Rosa Lapiedra Alcamí (España).
- 08/ Las reglas de Rotterdam sobre transporte marítimo internacional: la delimitación del ámbito de aplicación. Isabel Reig Fabado (España).
- 09/ El divorcio internacional en la Unión Europea: problemas de coherencia y coordinación normativa. Rosario Espinosa Calabuig (España).

### CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO.

#### DERECHO COMPARADO

#### CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

***rBD*** 

---

REVISTA  
BOLIVIANA  
DE DERECHO

---

Publicación de circulación nacional.  
Se distribuye además, en Argentina, Perú,  
Colombia, Chile, México y España.  
Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho

**Editorial: Fundación Iuris Tantum**

Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Pasaje Tumusla 77

Telf. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

revistarbd@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

**www.revistabolivianadederecho.org**

también en **facebook** <https://www.facebook.com/revistabolivianadederecho>

y **twitter**  <https://twitter.com/Vyjsantacruz>

Coordinación General: Nahir Coimbra Peña - nahircoimbra@gmail.com

Diseño Original: Claudia Justiniano Suárez - c\_justiniano@cotas.com.bo

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México)
- INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)
- SciELO (Scientific Electronic Library Online)
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
- e-revist@as (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España)
- REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal) Expediente 156/2015A/E.

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - *Printend in Bolivia*

# SUMARIO



## DOCTRINA

### A) DERECHO DE LA PERSONA

- 01/ La protección jurídica del concebido en el Derecho español. José Ramón de Verda y Beamonte (España)..... 16
- 02/ El RD 594/2015, de 3 de julio por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas: una reforma necesaria. Rosa M<sup>a</sup>. Ramírez Navalón (España).....34

### B) DERECHO DE FAMILIA

- 03/ La inscripción de las parejas estables españolas: la necesidad de un registro único en cada comunidad autónoma. Roldán Jimeno Aranguren (España).....64

### C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 04/ La protección de los menores en el ámbito contractual. Giovanni Berti de Marinis (Italia) .....80

### D) DERECHO MERCANTIL

- 05/ La unilateral imperatividad de los requisitos esenciales del contrato de seguro en el Código de Comercio chileno. Marcelo Barrientos Zamorano (Chile).....98

### E) DERECHO PENAL

- 06/ El delito de admisión de beneficios en consideración al cargo y la prevención de la corrupción pública en Bolivia. Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas (España)..... 120

### F) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- 07/ El arbitraje marítimo internacional en las Reglas de Rotterdam. Rosa Lapiedra Alcamí (España)..... 144
- 08/ Las reglas de Rotterdam sobre transporte marítimo internacional: la delimitación del ámbito de aplicación. Isabel Reig Fabado (España)..... 174
- 09/ El divorcio internacional en la Unión Europea: problemas de coherencia y coordinación normativa. Rosario Espinosa Calabuig (España)..... 208

## CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO.

- 10/ Análisis de los orígenes de la libertad de expresión como explicación de su actual configuración como garantía institucional. Jorge Antonio Climent Gallart (España)..... 236

- 11/ Notas sobre la oposición a la ejecución del laudo arbitral en Bolivia. Alex Parada Mendía (Bolivia)..... 254
- 12/ Las licencias no automáticas de importación en el marco del MERCOSUR: un comentario al primer laudo arbitral. Ignacio N. Cofone (Argentina)..... 262
- 13/ La cláusula general del establecimiento permanente, la distinción entre el agente dependiente e independiente en el artículo 5 mc OCDE y la polémica figura del comisionista. José Carlos Pedrosa López (España)..... 270
- 14/ Proceso por aceptación de decreto: el nuevo monitorio penal. Ana Isabel Blanco García y Ana Montesinos García (España)..... 290
- 15/ Problemática circundante a la entrada en vigor de LEXNET. María José Catalán Chamorro (España)..... 300

**DERECHO COMPARADO**

- 16/ Una nueva y posible forma de delación hereditaria: el contrato sucesorio. Salvatore Aceto di Capriglia (Italia)..... 314

**CRÓNICA JURISPRUDENCIAL**

- 17/ Crónica jurisprudencial sobre el arrendamiento urbano. José Ramón de Verda y Beamonte, y Pedro Chaparro Matamoros (España)..... 344

**DIRECCIÓN GENERAL**

**DR. ORLANDO PARADAVACA**

Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

**DIRECCIÓN ACADÉMICA**

**DR. JOSÉ RAMÓN DEVERDAY BEAMONTE**

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

**SECRETARÍA**

**D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS**

Becario de Investigación de la Universidad de Valencia, España

**CONSEJO EDITORIAL**

**MSc. ALEX PARADA MENDÍA**

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

**PROF. JERJES JUSTINIANO ATALÁ**

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

**DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ**

Prof. Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

**DRA. ROSA MOLINER NAVARRO**

Profª Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

**DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO**

Profª Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

## COMITÉ CIENTÍFICO:

DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER  
Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

DRA. PÍA CALDERÓN CUADRADO  
Catedrática de Derecho Procesal, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España

DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DR. JORGE ESQUIROL  
Law Professor, Florida International University (FIU), USA

DR. GIAMPAOLO FREZA  
Catedrático de Derecho Privado, Universidad Lumsa de Palermo, Italia

DR. ENRIQUE GÓMEZ ROYO  
Catedrático Emérito de Derecho Romano, Universidad de Valencia, España

DR. FRANCISCO JOSÉ MAGRANER MORENO  
Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Valencia, España

DR. LORENZO MEZZASOMA  
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

DR. CARLOS PIZARRO WILSON  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ  
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ  
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA  
Profesor Titular de Derecho Civil, LUMSA, Palermo, Italia

DR. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

DR. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO  
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

DR. ANDREA FEDERICO  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. LAURENT NEYRET  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Artois, Francia

DR. GABRIEL GARCÍA CANTERO  
Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI  
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad de Cuyo, Argentina

PROF. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA  
Catedrático de Contratos civiles y mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

DR. JAVIER ORDUÑA MORENO  
Catedrático de Derecho Civil, Magistrado Sala 1ª del Tribunal Supremo, España

DRA. ILIANA PORRAS,  
Law Professor and Dean of the Law Faculty, Miami University, USA

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS,  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

DR. ÁLVARO VIDAL OLIVARES  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Católica de Valparaíso, Chile

DOÑA CLARA BAYARRI GARCÍA,  
Magistrada de la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España

## **RESPONSABLES DE SECCIÓN:**

### **Derecho y Bioética**

DRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO  
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

### **Derecho Constitucional**

DR. JUAN MARTÍNEZ OTERO  
Profesor de Derecho Público, Universidad CEU-Valencia, España

### **Derecho y Deporte**

DR. EMANUELE INDRACCOLO  
Profesor Titular de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

### **Derecho Internacional Privado**

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ  
Profesor Contratado Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

### **Derecho Mercantil**

DR. PABLO GIRGADO PERENDONES  
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

### **Derecho y Nuevas Tecnologías**

DR. DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ  
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Chile

### **Derecho Procesal**

DRA. ROSA MARÍA PASCUAL SERRATS  
Profesora de Derecho Procesal, Universidad CEU-Valencia, España

### **Derecho de Consumo**

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ  
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

### **Derecho Financiero**

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO  
Profesor Asociado de la Universidad de Valencia, España

### **Derecho Medioambiental**

DRA. ANNA MALOMO  
Profesora Titular Acreditada de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

### **Derecho Notarial y Sucesorio**

DRA. MARÍA ELENA COBAS COBIELLA  
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

### **Derecho Penal**

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO  
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

### **Propiedad Intelectual e Industrial**

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS  
Becario de Investigación, Universidad de Valencia, España

### **Teoría General del Derecho**

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ  
Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

### **Derecho Comparado**

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA  
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

### **Derecho del Trabajo**

DR. EDUARDO TALÉNS VISCONTI  
Becario de Investigación, Universidad de Valencia, España.



FUNDACIÓN IURISTANTUM  
REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO  
AÑO XI - Nº22  
**JULIO/2016**  
EDICIÓN SEMESTRAL  
ISSN-2070-8157  
SANTA CRUZ - BOLIVIA

## FINES Y OBJETIVOS

Nuestra finalidad es difundir el pensamiento jurídico boliviano y colocar al alcance de los juristas nacionales la doctrina en el ámbito iberoamericano.

Tenemos como objetivo contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica, promoviendo el debate sobre temas jurídicos relevantes ya que, el conocimiento de la doctrina y el pensamiento jurídico actualizado y moderno permitirá que, también los bolivianos, podamos integrarnos al mundo globalizado de hoy, intentando producción propia en la interpretación y aplicación de nuestra legislación, siempre en defensa de los derechos fundamentales.

### **COBERTURA TEMÁTICA:**

Las áreas que intentamos abarcar son: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Comercial o Mercantil.

### **PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:**

Juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones.



## El principio de protección del interés superior del menor.

Recientemente, se ha producido en España una modificación legislativa que incide sobre el importante, aunque difuso, principio de protección superior del menor, que fue consagrado en el ordenamiento jurídico español por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

No se puede dudar de la importancia que dicho principio asume en la actual realidad social y jurídica en todos los Derechos, nacionales e internacionales. Sin embargo, al ser el “interés superior de menor” un concepto jurídico indeterminado va siempre acompañado de una cierta indefinición que plantea al intérprete el problema de cómo aplicarlo.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, traduce la preocupación del legislador por este problema, conteniendo un interesante desarrollo del mencionado principio, en una triple vertiente: sustantiva, interpretativa y procesal, que se plasma en la modificación del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2015 se explica la reforma, observando que el interés superior del menor “Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

Es particularmente digna de mención la vertiente procesal desarrollada por el nuevo art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

A tenor del precepto, "Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos".

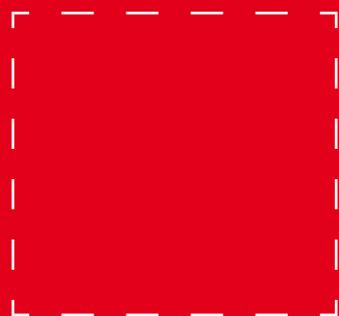
Estamos, sin duda, ante una interesante modificación legal, llamada a ejercer gran influencia en la doctrina científica y en la práctica de los tribunales

**El Director**





DOCTRINA



LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO  
EN EL DERECHO ESPAÑOL

THE LEGAL PROTECTION OF THE CONCEIVED IN SPANISH LAW

*Rev. boliv. de derecho* n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 16-33



José Ramón  
DEVERDAY  
BEAMONTE

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 20 de marzo de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** El presente trabajo expone la protección que el Derecho Español dispensa a la vida humana en la fase previa al nacimiento, prestando especial atención a la tutela constitucional y las demandas de responsabilidad derivadas de las lesiones causadas al concebido.

**PALABRAS CLAVE:** Nasciturus, concepturus, daños prenatales, reproducción asistida.

**ABSTRACT:** This paper describes the protection that Spanish law dispenses human life in the pre-birth, paying particular attention to constitutional protection and liability claims resulting from injuries to the conceived.

**KEY WORDS:** Nasciturus; concepturus; prenatal damage; assisted reproduction

**SUMARIO.-** I. La tutela constitucional del nasciturus.- II. El estatuto jurídico del embrión concebido in vitro.- III. La protección civil del concebido.- IV. Daños derivados del nacimiento.- I. Responsabilidad civil médica respecto del niño nacido con deficiencias no detectadas en el diagnóstico prenatal.- 2. Responsabilidad civil médica respecto de la madre por privación de la facultad de interrumpir el embarazo.- V. La posición del concepturus.

## I. LA TUTELA CONSTITUCIONAL DEL NASCITURUS.

En España la cuestión de la posición constitucional del concebido no nacido se planteó como consecuencia de la LO n. 9, de 5 de julio de 1985, de despenalización parcial del aborto, que, dando nueva redacción al 417 bis del ya derogado Código Penal del 1973, lo admitió en los supuestos de grave peligro para la vida o salud de la madre, violación y deficiencias del feto.

El Tribunal Constitucional<sup>1</sup>, interpretando el art. 15 de la Constitución española, declaró que el *nasciturus* no era titular del derecho a la vida, pero sí un *bien jurídico constitucionalmente protegido*, que debía ser tutelado por el Estado, el cual ha de establecer “un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma”. El argumento para fundamentar esta tesis es que “la vida humana es un devenir; un proceso que comienza con la gestación”, la cual “ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”; si la Constitución protege la vida, “no puede desprotegerse en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma”<sup>2</sup>.

- 1 En la emblemática STC del I de abril de 1985, n. 53, RTC, 1985, 53; y en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 28, 1986, pp. 247-252, con nota de CUERDA RIEZU, A. R.: “Comentario a la sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad del proyecto de ley orgánica que introduce en el código penal un artículo 417 bis (despenalización parcial del aborto)”.
- 2 Esta doctrina del Tribunal Constitucional no ha sido del gusto de la toda la doctrina, existiendo autores críticos con la misma, en particular, con la categoría del *bien constitucionalmente protegido*, bien por considerarla insuficiente en orden a garantizar la vida del *nasciturus*, bien, por todo lo contrario, esto es, por entender que constituye un límite artificial a la posibilidad de que la mujer pueda abortar: v. por ejemplo, en la primera

### • José Ramón de Verda y Beamonte

Es Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Ha escrito múltiples artículos y monografías. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, la familia y el contrato, materias en las que ha impartido conferencias en Universidades europeas y americanas. Actualmente dirige el Proyecto de Investigación MINECO DER2013-47577-R, “Impacto social de las crisis familiares”. Ha coordinado diversas obras colectivas, como, por ejemplo, “Comentarios a las Reformas de Familia de 2005”, Thomson-Aranzadi, 2006; “Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica de 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen”, Thomson-Aranzadi, 2006; “El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista”, Thomson-Aranzadi, 2011; “Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares”, Thomson-Aranzadi, 2012, o “Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones”, Thomson-Aranzadi, 2015.

Ahora bien, el Tribunal precisó que la protección de la vida del concebido no tiene la misma intensidad que la del nacido y que no tiene carácter absoluto, por lo que debe ceder en aquellos casos en que colisione con otros intereses legítimos igualmente dignos de protección desde el punto de vista constitucional y en los que sería desproporcionado recurrir al Derecho penal, razón por la cual, en esencia, consideró conforme al art. 15 de la Constitución, los concretos supuestos de despenalización del aborto llevados a cabo por la LO n. 9 de 1985, por encontrar una justificación razonable en la protección del derecho a la vida e integridad física de la madre (en el caso de peligro grave para la vida o salud de la embarazada) en el respeta su dignidad y libre desarrollo de la personalidad (en el caso de violación) o en "la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva" (en el caso de feto con graves deficiencias).

La claridad de esta doctrina jurisprudencial parece chocar con el régimen jurídico del aborto establecido en la LO n. 2, del 3 marzo 2010, en materia de salud sexual y reproductiva (que se halla pendiente de un recurso de inconstitucionalidad), la cual permite, no sólo el aborto por razones médicas dentro de las primeras veintidós semanas de gestación (supuesto en el que se subsumen los casos de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y de anomalías en el feto), sino también (en su art. 14) la interrupción del embarazo "a petición de la mujer" dentro de las primeras catorce semanas de la gestación, sin que tenga que alegar ningún motivo, salvo su mera voluntad de querer abortar, siempre que se le haya informado "sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad" y que transcurran, como mínimo, tres días entre la información y la interrupción del embarazo<sup>3</sup>.

En la Exposición de Motivos de la Ley se habla de que "La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual". Ahora bien, desde mi punto de vista, cabe preguntarse hasta qué punto es conforme al art. 15 de la Constitución que durante las primeras catorce semanas de gestación la protección de la vida del concebido dependa de la mera voluntad de la madre de permitir el nacimiento de su hijo, sin necesidad de

---

dirección, CALVO MEJIDA, A.: "El nasciturus como sujeto del Derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista", *Cuadernos de Bioética* (2004), 2, pp. 283 e ss.; o DÍAZ PINTOS, G.: "La concepción «totémica» del «nasciturus» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: STC 53/1985, de 11 de abril", *Persona y Derecho*, n. 54 (2006), pp. 185-212; y, en la segunda, entre otros, VIVES ANTÓN, T.S.: "Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 15 (1985), septiembre-diciembre, pp. 145-146.

3 V. en este sentido con total claridad MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "ad art. 29 CC", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (coord. por A. CAÑIZARES LASO y otros), vol. I. Cizur Menor (Navarra) (2011): Thomson Reuters, p. 274.

ponderar otros valores constitucionales merecedores de protección, como acaecía en todos los supuestos de despenalización del aborto contemplados en el art. 417 bis del Código penal de 1973. Es legítimo dudar de que sea razonable que la pura apelación a la idea de la “autodeterminación individual” de la madre (basada, sin duda, en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad) pueda determinar, sin más, el sacrificio de la vida del *nasciturus*, que, no se olvide, es un *bien constitucionalmente protegido* desde el momento mismo de la concepción, y no sólo a partir de la quinceava semana de su existencia<sup>4</sup>.

## II. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN CONCEBIDO *IN VITRO*.

Es discutible si la tutela constitucional de la vida se extiende a los embriones concebidos *in vitro* mediante las técnicas de reproducción asistida, lo que obviamente incide sobre el tema de la experimentación con seres humanos<sup>5</sup>.

El art. 3 de la anterior Ley n. 35, de 22 de noviembre de 1988, de técnicas de reproducción asistida, prohibía “la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana”. Así pues, quedaba claramente excluida la posibilidad de crear embriones con la finalidad de experimentar sobre ellos. Era posible experimentar con gran amplitud con los embriones “sobrantes” del proceso de reproducción asistida que estuvieran muertos o no fueran viables (arts. 15.3 y 17.3); sin embargo, sobre los embriones vivos viables sólo se autorizaba la investigación aplicada de tipo diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos, siempre que no comportara la modificación de su patrimonio genético no patológico y se realizara dentro de los catorce días siguientes a la fecundación (art. 15.1.2.). Se trataba, pues, de investigaciones orientadas al bienestar del concebido y al favorecimiento de su desarrollo.

La Ley n. 45, de 21 de noviembre de 2003, mantuvo en vigor el régimen legal previsto por la Ley n. 35 de 1988, respecto de la investigación de embriones

4 La LO n. 11, de 21 de septiembre de 2015, ha suprimido el polémico número 4º de la LO n. 2, de 3 de marzo de 2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, el cual permitía abortar a las menores sin el consentimiento de sus progenitores e, incluso, sin informar a ninguno de ellos, cuando la menor alegara “fundadamente” que el hecho de informarles le provocaría “un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos”, o le produciría “una situación de desarraigo o desamparo”. El actual art. 9.5.II de la ley n. 41, de 14 de noviembre de 2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (modificado por la misma LO n. 11, de 21 de septiembre de 2015) establece ahora que “Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

5 V., a este respecto FEMENIA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid (1999) Mac Graw-Hill, F. LLEDÓ YAGÜE, F.: *Fecundación artificial y Derecho*. Madrid (1988): Tecnos, pp. 85-86, pp. 80-93; VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Algunos datos y observaciones para contribuir a la consideración jurídica del embrión humano concebido in vitro”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2º, Madrid, (1993) pp. 2077-2105; así como, más recientemente, las extensas consideraciones de CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “Reflexiones sobre el concepto de persona y la protección de la vida prenatal”, *Revista Jurídica del Notariado* (2010), pp. 284-301.

concebidos *in vitro*, pero lo exceptuó para los que se hallaren criopreservados al tiempo de su entrada en vigor; respecto de los cuales admitió la posibilidad de experimentar con ellos para fines estrictamente científicos, es decir, no orientados a favorecer el bienestar o el mejor desarrollo del concebido (Disposición Final Primera). Por otro lado, la referida Ley intentó acabar con el problema del "almacenamiento" de embriones sobrantes de procesos de reproducción asistida, limitando a tres los óvulos que podían ser fecundados por cada ciclo reproductivo<sup>6</sup> y estableciendo que sólo podían ser transferidos a la mujer tres embriones con la finalidad de evitar los embarazos múltiples (para lo cual reformó los arts. 4 y 11 de la L. n. 35 de 1988).

La vigente Ley n. 14, de 26 de mayo de 2006, de técnicas de reproducción asistida (que deroga la l. n. 35 de 1988, n. 35), ha supuesto un cambio radical en el tema de la investigación con embriones humanos, siendo una de sus finalidades fundamentales la generalización de la autorización (introducida con carácter excepcional por la Ley n. 45 de 2003) para experimentar con todos los embriones sobrantes de procesos de técnicas de reproducción asistida. Para hacer efectiva la posibilidad de experimentar, con fines estrictamente científicos, con embriones sobrantes, la nueva Ley n. 14 de 2006, previamente, posibilita su existencia. La manera de lograrlo es la supresión de la limitación a tres del número de ovocitos que pueden ser fecundados en cada ciclo reproductivo, manteniendo, sin embargo, la prohibición de transferir más de tres embriones a la usuaria de las técnicas de reproducción asistida<sup>7</sup>.

El consentimiento para que los embriones sobrantes puedan ser utilizados para la investigación deberá ser otorgado por la mujer usuaria de las técnicas de reproducción asistida y, si está casada, también por su marido, antes de la generación de los mismos (art. 11.5), consentimiento que deberá ser renovado o revocado cada dos años, pero, pasados dos periodos consecutivos de renovación sin que estos hayan manifestado su voluntad al respecto (después de haber sido requerido fehacientemente para que la manifestaran), los embriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren criopreservados, los cuales podrán destinarlos a la experimentación (art. 11.6).

Cabe preguntarse si la atribución a las parejas reproductoras o, en su caso, a la mujer que haya acudido sola a las técnicas de reproducción asistida de la facultad de

6 Salvo en los casos en los que lo impida la patología de base de los progenitores", casos éstos, en los que se permitía fecundar un mayor número de ovocitos. El Anexo del Real Decreto de 23 de julio de 2004, n. 1720, especificaba las tipologías fisiopatológicas en las que se permite la fecundación de más de tres ovocitos en el mismo ciclo.

7 A mi parecer, si se suprime la autorización para fecundar más de tres óvulos, no es, como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley, para remover un obstáculo "que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer", ya que en casos justificados la Ley n. 4 del 2003, admitía la posibilidad de que se fecundaran más de tres ovocitos. Yo creo que la finalidad primordialmente perseguida es favorecer la existencia de una reserva de embriones congelados, con los que experimentar. En la práctica, ello supone autorizar la creación de un ser humano, que podrá ser congelado y uno de cuyos posibles destinos va a ser la investigación científica.

poder decidir la descongelación de un embrión viable con el fin de dejarlo morir o de destinar sus estructuras biológicas a fines de investigación de carácter científico es plenamente respetuosa con el art. 15 de la Constitución.

Recordemos que la jurisprudencia constitucional<sup>8</sup>, ha afirmado que “la vida humana es un devenir; un proceso que comienza con la gestación”, la cual “ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”. Ciertamente, esta afirmación se hace en relación al *nasciturus* que se halla en el útero de la madre, diciéndose explícitamente que la vida comienza con la gestación, lo que, a primera vista, parece dejar fuera del ámbito de protección constitucional la vida del embrión, que, al hallarse crioconservado, no ha sido todavía transferido. Sin embargo, podría pensarse que esta referencia exclusiva a la vida del *nasciturus* alojado en el seno de la madre encuentra explicación en la circunstancia de que se estaba enjuiciando la constitucionalidad de la despenalización de ciertos supuestos de aborto<sup>9</sup>, delito éste, que supone la interrupción del embarazo, por lo que no puede darse en los casos de destrucción de una vida extrauterina, de modo que, a los efectos de resolver el caso litigioso, no era necesario que el Tribunal Constitucional se planteara si la vida constitucionalmente protegida comienza en un proceso anterior a la gestación, lo cual, por otro lado, tiene escaso sentido en los casos de procreación natural, donde la concepción y la gestación tienen lugar simultáneamente<sup>10</sup>. Tan sólo, en los casos de formación de embriones obtenidos mediante el recurso a técnicas de reproducción asistida, puede mediar un período de tiempo significativo entre la concepción y la gestación, la cual sólo se iniciará tras la transferencia del embrión.

Creo, pues, que cabría sostener que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional respecto del comienzo de la vida se refiere exclusivamente a las hipótesis de procreación natural, pudiéndose ser redefinida en los supuestos de procreación artificial, en el sentido de considerar que, en tales casos, la vida comienza en el momento de la concepción, ya que, desde entonces, existe un “tertium” “existencialmente distinto de la madre”, si bien no alojado en el seno de ésta. Me parece que, antes de su implantación, el embrión existe con una individualidad propia, de modo que su transferencia al útero de la madre no marca el comienzo de su vida: no supone un tránsito del no ser al ser, sino una nueva etapa en el desarrollo

8 STC 11 de abril de 1985, n. 53, *RTC*, 1985, 53.

9 Así lo entiende BUSTOS PUCHE, J. E.: “El Derecho español ante las nuevas técnicas genéticas”, *Diario La Ley*, n. 3055 (1992), p. 925, para quien la declaración del Tribunal Constitucional se refería exclusivamente al concebido no nacido por razones de congruencia procesal, considerando no existir graves obstáculos, “sino todo lo contrario”, en extenderla por analogía al embrión.

10 Lo evidencia GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de sucesiones”, *Revista Jurídica del Notariado* (1995) pp. 181 ss., a quien no parece que el Tribunal Constitucional tuviera la intención de definir con carácter general el concepto de *nasciturus*, sino exclusivamente en relación con los supuestos de despenalización del aborto contemplados en el anterior art. 417 bis del Código Penal.

de una vida ya iniciada<sup>11</sup>. Utilizando palabras del Tribunal Constitucional, sería posible entender que, si la Constitución protege la vida “no puede desprotegerse en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma”, por lo que la vida del embrión no trasferido sería un bien jurídico protegido por el art. 15 de nuestra Carta Magna<sup>12</sup>.

No quiere ello decir que la tutela de la vida del embrión hubiera de ser idéntica a la del embrión anidado en el útero, sino que, en alguna medida, podría estar incluida en el ámbito de protección constitucional de la vida, de modo que los poderes públicos habrían de establecer un sistema legal para su defensa, que “suponga una protección efectiva de la misma”<sup>13</sup>; y, desde este punto de vista, habría que enjuiciar el art. 11.4 de la Ley n. 45 de 2003, que, como se ha dicho, permite la destrucción de embriones viables y el uso de sus estructuras biológicas para la experimentación, lo que supone convertir a un ser humano ya concebido en un mero instrumento al servicio de fines que no miran a su propio beneficio<sup>14</sup>.

11 LLEDÓ YAGÜE, F.: *Fecundación artificial*, cit., pp. 85-86, se refiere a la necesidad de traspolación del concepto de dignidad al embrión desde el momento de la fecundación, en el cual “ha iniciado su personalidad en desarrollo, es decir, una entidad humana con propia y original identidad sustancial”.

12 Cfr., en este sentido, entre otros, FEMENÍA LÓPEZ, P. J.; *Status jurídico*, cit., p. 225; LLEDÓ YAGÜE, F.: *Fecundación artificial*, cit., pp. 84-86; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 86-88; o J. VIDAL MARTÍNEZ, “Algunos datos”, cit., p. 2105, quien, en referencia al principio de dignidad de la persona consagrado en el art. 10.1 CE, “como primer cimiento del ordenamiento jurídico español”, se pregunta retóricamente, si acaso “no va ese capital principio constitucional a asistir al ser humano concebido in vitro en los primeros días de su existencia”.

13 Los autores que entienden que la vida del concebido *in vitro* es un bien jurídico protegido por el art. 15 CE, no obstante, reconocen, implícita o explícitamente, que su grado de protección no es idéntico al del concebido anidado en el seno materno. V. así FEMENÍA LÓPEZ, P. J.; *Status jurídico*, cit., p. 225; LLEDÓ YAGÜE, F.: *Fecundación artificial*, cit., p. 85; VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Algunos datos”, cit., p. 2100; y, de manera más clara, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Reproducción artificial*, cit., pp. 86-88.

14 A este respecto, me parece interesante recordar que el argumento utilizado por la STC de 17 de junio de 1999, n. 116, RTC, 1999, 116, para justificar la constitucionalidad de los arts. 15 y 17 de la Ley n. 35 del 1988, fue que dichos preceptos sólo permitían investigar con embriones no viables, abortivos o muertos. Dice, así: “Es evidente que la Ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más experimentación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención. Esta apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15 CE, por cuanto descartada (...) que la investigación con finalidad diagnóstica, terapéutica o preventiva pueda suponer infracción alguna del art. 15 CE, el resto de las hipótesis a que se refiere la Ley sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables, es decir, incapaces de vivir”. Y, más adelante añade: no “siendo los preembriones no viables (‘abortados en el sentido más profundo de la expresión’) susceptibles de ser considerados, siquiera ‘nascituri’, ni las reglas que examinamos ni las posteriores del art. 17 (relativo a los preembriones ya abortados, a los muertos y a la utilización con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente autorizados de preembriones no viables) pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana”.

Ciertamente, de esta sentencia no se deduce, necesariamente, que, a juicio del Tribunal, la investigación con embriones viables sea inconstitucional, pero sí, cuanto menos, que las leyes que la posibiliten “pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana”, dudas, que, a mi entender, son las que, precisamente, suscita el art. 11 de la Ley n. 14 del 2006, al permitir descongelar embriones viables, que se encontraran conservados al tiempo de su entrada en vigor, y “utilizar” (la locución legal es bastante expresiva) sus estructuras biológicas para fines de investigación. V. a este respecto las consideraciones realizadas por TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C.: “ad art. 15 CE”, en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española, XXX aniversario* (coord. CASAS BAAMONDE, RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER). Madrid (2009): Wolters Kluwer, p. 315, bajo la vigencia de la anterior Ley n. 35 del 1988, n. 35, en previsión de que hubiere reformas legales que en un futuro permitieran la experimentación con embriones

### III. LA PROTECCIÓN CIVIL DEL CONCEBIDO.

La protección civil del concebido se halla consagrada en el art. 29 de nuestro Código, según el cual “El nacimiento determina la personalidad; pero 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”.

Actualmente, el art. 30 CC, tras la modificación llevada a cabo por la Ley n. 20, de 21 de julio de 2011, afirma que la *personalidad*, entendido éste concepto como *capacidad jurídica* o aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, “se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Con anterioridad, el precepto exigía además que el feto tuviera “figura humana” y viviera veinticuatro horas enteramente separado del seno materno<sup>15</sup>. El requisito de la “figura humana”, que, procedente del Derecho Romano justiniano<sup>16</sup>, pasó al Derecho Histórico español con el fin de negar capacidad jurídica a los “seres “monstruosos”<sup>17</sup>, fue objeto de críticas por parte de la doctrina<sup>18</sup>, que señaló su arcaísmo<sup>19</sup>; y el de que el recién nacido viviera veinticuatro horas<sup>20</sup> (llamado *viabilidad legal*)<sup>21</sup> era, desde mi punto de vista, dudosamente compatible con al art 15 de la Constitución, pues no parecía conforme al principio de dignidad del ser humano (consagrado en el art. 10 de la Constitución) que se negara *personalidad* o capacidad jurídica a quien, desde un punto de vista constitucional, ya era *persona* (en cuanto titular del derecho a la vida).

Es de señalar que el art. 29 del Código civil español se aparta de su modelo el Código civil francés, al establecer una regla general de protección civil del concebido, que, no sólo permite que el *nasciturus* pueda heredar al causante premuerto (será legítimo y, de no ser instituido heredero, habrá preterición)<sup>22</sup>, sino que abarca *todos los efectos que le sean favorables*, entre los que el art. 627 del Código civil contempla,

---

viables; y por LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “Algunos apuntes en torno al tratamiento del derecho constitucional a la vida en la nueva Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida del 6 de mayo de 2006”, *Diario La Ley*, n. 6534 (2006), 26 de julio, p. 17, ya bajo la vigencia de la actual Ley, que permite dicha experimentación.

- 15 Estos dos requisitos se toman y tal y como fueron establecidos por el art. 60 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870.
- 16 Cfr. C. 6, 29, 3; D. 1, 5, 14.
- 17 Cfr. *Partidas* 4, 23, 4 y 5.
- 18 En particular, por PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, *Revista de Derecho Privado* (1944), p. 296, que considera el requisito de la figura humana absurdo o inútil.
- 19 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, t. II. Madrid (1952, reedición 1984); Civitas, pp. 119-120, enumera una curiosa tipología de supuestos de recién nacido “sin figura humana”, en la que sitúa los “nacidos de mujer que no sean de raza humana, en el que caso de que esto sea posible.
- 20 Este requisito, de inspiración germánica, fue recogido en el Derecho Histórico español por la Ley 13 de Toro.
- 21 La exigencia de que el recién nacido viviera veinticuatro horas era evitar que por el hecho de vivir unos instantes adquiriera derechos hereditarios del padre premuerto y, a su fallecimiento, los transmitiera a la madre, saliendo los bienes de la familia (la paterna) de la que procedían.
- 22 Muerto el padre antes de que nazca el hijo, se procederá a la suspensión de la partición de la herencia y a la adopción de las cautelas previstas en los arts. 959 y ss. CC hasta que se verifique el nacimiento o se adquiera la certidumbre de que el mismo no tendrá lugar.

expresamente, la posibilidad de que reciba donaciones (que podrán aceptadas por las personas que legítimamente lo representarían, de haberse verificado el nacimiento), habiendo sido admitido, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por hechos ilícitos que tuvieron lugar en el período de la gestación<sup>23</sup>; así, se ha reconocido el derecho a ser resarcido por el daño derivado de la muerte del padre en un accidente de tráfico acaecido antes del nacimiento<sup>24</sup>; y, por supuesto, la reparación de los perjuicios causados al feto por una mala praxis médica, esto, es por un comportamiento negligente del profesional sanitario durante el período de embarazo de la madre<sup>25</sup> o durante el parto<sup>26</sup>. Así mismo, el art. 29 del Código civil ha sido invocado en juicios de separación y divorcio para determinar la cuantía de la futura prestación de alimentos en favor del hijo ya concebido, en previsión de su nacimiento, o para atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre, por razón de su embarazo y ser su interés el más necesitado de protección<sup>27</sup>.

La jurisprudencia todavía no se ha pronunciado sobre la delicada cuestión de si los hijos pueden ejercitar acciones de resarcimiento contra sus padres por los daños prenatales ocasionados por un comportamiento culpable de estos durante el período de gestación<sup>28</sup>. A mi entender, no hay porque excluir apriorísticamente el resarcimiento de dichos daños: no creo, así, que el hecho de que los padres hayan dado la vida al hijo (bien mayor) opere como una suerte de compensación para eximirles de responsabilidad por los perjuicios que, obrando negligentemente, les puedan haber originado (mal menor): si esto es indiscutible respecto de los daños causados a un hijo ya nacido no veo por qué ha de ponerse en duda en relación a los provocados antes de que nazca. Pensemos, por ejemplo, en enfermedades ocasionadas por el consumo de alcohol o tabaco por parte de la madre embarazada, en las debidas a un accidente de tráfico causado por cualquiera de los progenitores o en las originadas por la violencia ejercida por el padre sobre la gestante. Me parece, en cambio, que, en ningún caso, sería resarcible el daño consistente en haber nacido el hijo con enfermedades hereditarias involuntariamente transmitidas por sus padres, pues tales daños no serían debidos a un comportamiento negligente de los mismos, sino que tendrían su origen en el patrimonio genético de éstos, sin que se les pudiera ser jurídicamente reprochable el hecho de haber dado lugar al

23 GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: "ad art. 29 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ), t. I. Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 497-501, realiza un exhaustivo estudio de la cuestión, con profusa cita de autores y de fallos jurisprudenciales.

24 SAP Córdoba 25 septiembre 1997 (AC 1997, 1793).

25 STS 10 diciembre 1997 (RAJ 1997, 8755).

26 STS 13 octubre 1992 (RAJ 1992, 7548) y STS 23 febrero 1999 (RAJ 1999, 1059).

27 SAP Cuenca 27 mayo 1999 (AC 1999, 5908).

28 En la doctrina ha tratado este tema de manera detallada ATIENZA NAVARRO, M<sup>º</sup> L.: "La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural", en AA.VV.: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Cizur Menor (2012): Thomson-Aranzadi, pp. 51-82.

nacimiento de un hijo con una enfermedad, ni siquiera aunque supieran del riesgo de que naciera enfermo, porque su decisión estuvo amparada en la libertad de procreación, que es una manifestación del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad.

En la doctrina española la explicación comúnmente aceptada a propósito del art. 29 del Código civil (en particular, en el ámbito sucesorio) es la que, una vez producida la concepción, los derechos a los que se encuentra llamado el *nasciturus* se encuentran en una situación de pendencia o de indeterminación transitoria de su titular; por el contrario, verificado el nacimiento (extremo éste, que integra una *conditio iuris*), la adquisición del derecho se retrotrae al momento de la concepción<sup>29</sup>.

Se ha planteado si la protección civil que el art. 29 del Código civil dispensa al *nasciturus* es aplicable al embrión concebido *in vitro* no trasferido al útero materno, interrogante éste, al que la generalidad de la doctrina responde afirmativamente<sup>30</sup>. Sería, así, posible que un embrión concebido *in vitro* heredara, testada o intestadamente, a su padre, siempre que la transferencia del embrión hubiera tenido lugar dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento<sup>31</sup>: en tal caso, una vez nacido, quedaría determinada su filiación matrimonial respecto de ambos progenitores (art. 9.2.II de la Ley n. 14 del 2006), por lo que sería llamado a la sucesión del padre premuerto<sup>32</sup>.

#### IV. DAÑOS DERIVADOS DEL NACIMIENTO.

Actualmente, uno de los supuestos más controvertidos en el ámbito de la protección del concebido es el que tiene lugar, cuando el médico omite o cumple incorrectamente el deber de informar a la madre sobre la existencia en el feto de deficiencias graves, que, de haber sido conocidas por aquélla, le habrían facultado para interrumpir su embarazo, dentro de las veintidós primeras semanas de gestación, conforme a lo dispuesto en el art. 15.b de la LO n. 2 de 3 de marzo del 2010, de

29 Es la doctrina expuesta por DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil*, cit., pp. 119-120.

30 V., en este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "ad art. 29 CC", en AA.VV.: *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales* (COORD. M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART), t. I, vol. 3º, 2ª ed. Madrid (1993): Edersa, pp. 793-795; FEMENIA LÓPEZ, P. J.: *Status jurídico*, cit., p. 272 y 283; HERRERA CAMPOS, R.: *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación española*. Granada (1991): Comares, pp. 83 y ss.; LLEDÓ YAGÜE, F.: *Fecundación artificial*, cit., pp. 84-85; MORO ALMARAZ, Mª J.: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Barcelona (1988): Bosch, pp. 115 y ss.; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Reproducción artificial*, cit., p. 110.

31 Expresamente, el art. 9.2.II de la Ley n. 14 del 2006 sólo requiere ese plazo para la fecundación *post mortem* de la mujer con gametos del marido premuerto. Ahora bien, parece razonable exigirlo también para el supuesto de la transferencia *post mortem* de embriones, pues, como observa RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "La reproducción *post mortem* en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 20 (2015), julio, p. 313, la transferencia del embrión "no puede dejarse a la exclusiva voluntad de la viuda".

32 Hay que valorar positivamente que el art. 9.2 II n. 2 de la Ley n. 14 del 2006, presume el consentimiento del marido para la transferencia *post mortem* del embrión existente al tiempo de su fallecimiento, pero pendiente de implantación, si éste había consentido la fecundación de la mujer, porque dicha transferencia no es sino la culminación de un proceso ya iniciado en vida de aquél. Esta presunción parece acorde con la finalidad pretendida por el marido al consentir la fecundación de la mujer y, además, como evidencia RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "La reproducción", cit., p. 306, responde a un interés digno de protección, que es el de "posibilitar el desarrollo de la vida del embrión aún no implantado".

salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (antiguo art. 417 bis del Código Penal de 1973)<sup>33</sup>.

Al contemplar el supuesto descrito, se plantean dos cuestiones distintas:

a) de un lado, la posibilidad de que el niño nacido con deficiencias, que el médico que atendió a su madre no detectó, pueda ejercitar contra él una acción de resarcimiento, por negligencia en el ejercicio de su profesión, reclamando la reparación del “daño” consistente en haber nacido.

b) de otro lado, la posibilidad de que la madre pueda dirigirse contra el médico, que, al no haber cumplido correctamente su deber de información, le privó, en su momento, de la facultad legal de abortar, dando lugar al nacimiento de un niño con hándicaps.

### **I. Responsabilidad civil médica respecto del niño nacido con deficiencias no detectadas en el diagnóstico prenatal.**

La primera de las cuestiones no se ha planteado en la jurisprudencia española, pero existe una práctica unanimidad de que no es posible la reparación de dicho daño, tesis ésta aceptada por alguna sentencia en declaraciones *obiter dicta*<sup>34</sup> y a la que me adhiero; y ello, por tres razones.

En primer lugar, porque falta la relación de causalidad entre el comportamiento negligente de los profesionales de la medicina y la deficiencia con la que nace el niño (por ejemplo, síndrome de Down), la cual no se debe a la falta de detección (y, en consecuencia, de la falta de información) de la misma, sino que encuentra su causa en el propio patrimonio genético de la persona<sup>35</sup>.

En segundo lugar, en mi opinión, el nacimiento de un ser humano nunca puede constituir un daño resarcible, porque la vida es un bien constitucionalmente protegido, con independencia de la percepción que la persona pueda tener acerca del valor de su propia existencia; desde el punto de vista jurídico, merece siempre una valoración positiva y ha de ser tutelada por el Estado, lo que es predicable de todos los seres humanos, cuya dignidad es idéntica, cualquiera que sea su calidad de vida y por muy

33 Por cuanto respecta a esta materia v. en la doctrina científica española de VERDA Y BEAMONTE, J. R., y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE). Cizur Menor (2012): Thomson-Aranzadi, pp. 23-50; como también MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de ‘wrongful birth y wrongful life’)*. Valencia (2005): Tirant lo Blanch; y VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Consejo Genético en diagnóstico antenatal”, en AA.VV.: *Hacia una nueva Medicina: consejo genético* (coord. C. M<sup>a</sup> ROMEO CASABONA) Granada (2014): Comares, pp. 119-125.

34 Cfr. STS 4 febrero 1999 (RAJ 1999, 748), STS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572) y STS 15 septiembre 2015 (Tol 5439307).

35 Cfr. MAZEAUD, D.: “Ad Cass. civ. 17 noviembre 2002, Ass. Plé.”, *Dalloz* (2001). 4, pp. 333.

graves que sean las deficiencias que sufra: desde la óptica constitucional, no hay vidas que no merezcan ser vividas, por ello, ninguna persona puede invocar un interés, digno de protección, a no haber nacido; de hecho, la causa por la que se permite abortar a la madre, en el caso de que el feto nazca con graves deficiencias, no reside en una valoración jurídica negativa de la vida del deficiente, sino en la consideración de que no es exigible a la madre soportar las cargas que para ella se derivan de tal supuesto<sup>36</sup>.

En tercer lugar, existe otro argumento que desaconseja la consideración del nacimiento de una persona con deficiencias no imputables a negligencia médica, cual es el riesgo de que se produjera una proliferación de demandas de responsabilidad civil en dos direcciones: de un lado, contra los profesionales de la medicina, habiéndose apuntado el riesgo de que aquéllos pudieran acabar obligados, no ya a desarrollar su actividad profesional con la diligencia propia de la *lex artis*, sino a conseguir que nazcan seres humanos sin deficiencias, asumiendo, así, una especie de obligación de resultado (nacimiento de personas con una calidad de vida óptima); por otro lado, si se considera que una persona con deficiencias tiene interés legítimo a no nacer y, en consecuencia, se le permite dirigirse contra el médico, que, al no cumplir correctamente su deber de información, no permitió a la madre interrumpir su embarazo, ¿quién dice que no pudiera acabar dirigiéndose también contra su propia madre, que, sabiendo que el hijo nacería con enfermedades, sin embargo, optó por no abortar?

## 2. Responsabilidad civil médica respecto de la madre por privación de la facultad de interrumpir el embarazo.

La segunda de las cuestiones sí ha sido abordada por la jurisprudencia española y respecto de ella han existido tres posiciones: la primera, la de no admitir el resarcimiento, por entender que faltaba la prueba del nexo de causalidad entre la falta de información y el daño, entendido éste como el nacimiento con hándicaps<sup>37</sup>; la segunda consiste en admitir la indemnización reclamada, entendiendo que el nacimiento de un niño con síndrome Down es un daño resarcible que sufren los padres, tanto patrimonial, como moral, centrado en el "impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que

36 Cfr. NEYRET, L.: "Handicaps congénitaux: tout risque d'action en responsabilité civile d'un enfant contre sa mère n'est pas écarté", *Dalloz* (2003). 26, p. 111.

37 STS 4 febrero 1999 (RA) 1999, 748); en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 50 (1999), pp. 853-859, con nota de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.; y en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 10 (1999), pp. 117-155, con nota de DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?"; y STS 7 junio 2002 (RA) 2002, 5216); en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 60 (2002), pp. 857-865, con nota de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.; y pp. 1097-1121, con nota de MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.; también en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 17 (2002), pp. 179-202, con nota de DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de 'wrongful birth'. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores".

puede llegar a alcanzar edades medianas<sup>38</sup>; la tercera es la de admitir el resarcimiento, pero centrando el daño en la privación de la facultad de la madre de optar por el aborto<sup>39</sup>.

Una vez constatada la falta de una doctrina jurisprudencial uniforme respecto de la segunda de las cuestiones examinadas, pasaremos a exponer algunas ideas, que, a mi juicio, debieran presidir la solución del problema analizado.

A) Admitido que la negligencia del personal sanitario en el cumplimiento de su deber de información puede causar un daño susceptible de reparación, procede, ante todo, determinar en qué consiste éste. A mi parecer, el daño resarcible es el perjuicio moral que sufre la madre, por la privación de su facultad de interrumpir el embarazo (*perte de chance*), perjuicio éste, cuya cuantificación presenta la dificultad inherente a la valoración de todo daño moral. Pero, en cualquier caso, no es admisible que, con el pretexto de reparar dicho daño moral, de hecho, se acabe resarciendo a la madre, no ya por la privación de la facultad de optar por el aborto, sino por el nacimiento del niño: el nacimiento de un ser humano, por muy graves que sean sus deficiencias, nunca puede constituir un daño resarcible; a ello se opone el principio constitucional de respeto a la dignidad de la persona. Por ello, contra lo que admite alguna sentencia reciente<sup>40</sup> no son susceptibles de indemnización los perjuicios, psíquicos (hipotético impacto emocional) o económicos, que pueda experimentar la mujer que da a luz un hijo enfermo, como son las mayores cargas que, en este caso, conlleva la maternidad.

B) Para que los profesionales sanitarios respondan frente a la madre, es necesario que la pérdida de su facultad de abortar haya sido causada por no haberle informado aquéllos de las enfermedades con las que nacería el feto. Ahora bien, lógicamente, no se les puede sujetar a una especie de responsabilidad objetiva por la existencia en el recién nacido de cualquier tipo de enfermedad no detectada durante el embarazo, sino que, tan sólo, responden por aquéllas que hubieran podido ser diagnosticadas dentro de las 22 primeras semanas de gestación con los medios científicos y técnicos ordinarios, o, en su caso, con los medios extraordinarios previstos para embarazos de riesgo, si el de la madre era de este tipo (por ejemplo, prueba de amniocentesis, para detectar si el feto está afectado por el síndrome de "Down", en el caso de mujeres mayores de 35 años). En definitiva, la responsabilidad civil surge, exclusivamente, cuando los profesionales sanitarios no han empleado la diligencia

38 STS 6 junio 1997 (RAJ 1997, 4610); en *La Ley* (1997), pp. 1699-1701, con nota de BUSTOS PECHÉ, J. E.: "Un caso de voluntarismo legal: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997"; y en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 45 (1997), pp. 1105-1116, con nota de UREÑA MARTÍNEZ, M.; y STS 21 diciembre 2005 (RAJ 2005, 10149).

39 STS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572); STS 23 noviembre 2007 (RAJ 2008, 24); y STS 15 septiembre 2015 (Tol 5439307).

40 Como la STS 15 septiembre 2015 (Tol 5439307), que habla del "dolor que sufren [como propio] por el estado de su hijo"

exigible (según la *lex artis* en el estado actual de la ciencia médica) en la detección y consiguiente comunicación de las enfermedades con las que pudiera nacer el niño.

C) Para entender probada la existencia del nexo de causalidad, no hay por qué entrar en el examen de la delicada cuestión de si la madre hubiera, o no, interrumpido su embarazo de haber sabido las deficiencias con las que nacería el hijo. Dicho examen sólo sería necesario si se considerara que el daño resarcible es el nacimiento del niño, pero no, si como aquí se propone, se entiende que el único perjuicio susceptible de reparación es el de la privación de la facultad de abortar. Este daño moral de la madre se le produce siempre que no es informada de las deficiencias del feto, con independencia, pues, de cuál hubiera sido su decisión (abortar, o no), de haberlas conocido. De lo contrario se llegaría al sinsentido de que sólo las madres que hubieran estado dispuestas a abortar podrían recibir una indemnización de daños y perjuicios destinada, en definitiva, a atender las necesidades económicas del hijo deficiente, mientras que, en cambio, quedarían privadas de ella las que hubieran estado dispuestas a continuar con el embarazo, no obstante saber que darían a luz un niño enfermo. En realidad, cabe cuestionar si es función de la responsabilidad civil cubrir las especiales necesidades de atención que provocan las personas deficientes. Creo que la responsabilidad civil no es un medio de cobertura social universal frente a todos los riesgos de la vida.

En conclusión, la tesis que considera como daño resarcible el nacimiento de un niño con una deficiencia está haciendo cumplir a la responsabilidad civil una función asistencial que no le es propia. No cabe duda de que las personas desvalidas (todas ellas) deben ser atendidas. Pero, para ello, no debe recurrirse a una institución de Derecho privado, como es la responsabilidad civil, sino a la actuación de los poderes públicos, que han de desarrollar políticas sociales, basadas en la solidaridad, financiadas por todos los ciudadanos mediante sus impuestos.

Esta es –recuérdese– la dirección marcada en Francia por el art. I.I de la Ley núm. 2002-303, de 4 de marzo de 2002, el cual coloca a cargo de la solidaridad nacional las especiales necesidades de atención económica de las personas deficientes, excluyendo, expresamente, que los padres puedan dirigir demandas de responsabilidad civil por este concepto contra los profesionales sanitarios, que no hubieran diagnosticado dichas deficiencias durante el embarazo. Se trata de una consecuencia lógica derivada del principio, plasmado en el art. I.II de la misma Ley, según la cual toda persona deficiente, cualquiera que sea la causa de su deficiencia, tiene derecho a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional. En España, realiza un papel similar la Ley n. 39 de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuyo objeto es, de conformidad con su artículo primero, “regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la

promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”.

## V. LA POSICIÓN DEL CONCEPTURUS.

Queda por hacer una referencia a la situación jurídica del que todavía no ha sido concebido, esto es, el llamado *nondum concepti o concepturus*, el cual, obviamente, no está protegido por el art. 15 de la Constitución, ni por el art. 29 del Código civil.

Es claro que es posible establecer una sustitución fideicomisaria en la que se nombre como fideicomisario a una persona todavía no concebida al tiempo del fallecimiento del testador (art. 781 del Código civil), como también hacer una donación con cláusula de reversión en favor de una persona futura, con los mismos límites establecidos para la sustitución fideicomisaria (art. 641 del Código civil): para evitar la vinculación perpetua de la propiedad sólo se admite nombrar dos fideicomisarios o donatarios que no vivan al tiempo del fallecimiento del testador o donante (art. 788 del Código civil). Pero, además, tras iniciales vacilaciones<sup>41</sup> la jurisprudencia actual admite claramente la posibilidad de instituir como heredero a una persona todavía no concebida para el caso de que llega a nacer (extremo éste que integra una condición suspensiva), siempre que la misma resulte claramente identificada<sup>42</sup>.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el art. 9.2 de la Ley n. 14 del 2006 permite la fecundación póstuma, también llamada *post mortem*, con gametos del marido de la usuaria, pero con cautelas, cumplidas las cuales, quedará determinada la filiación del hijo respecto del fallecido, con sus correspondientes consecuencias, en particular, en el ámbito sucesorio, siendo llamado a la herencia del padre muerto. El precepto exige el consentimiento del marido “para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer”, plazo éste en el que, por lo tanto, deberá realizarse la fecundación. Respetadas tales prescripciones se creará un vínculo de filiación entre el nacido y

41 La STS 29 noviembre 1935 se manifestó en contra de la posibilidad de que un *concepturus* fuera instituido heredero directamente.

42 V., en este sentido, STS 25 abril 1963 (RAJ 1963, 1996); STS 3 abril 1965 (RAJ, 1965, 1965); y STS 28 noviembre 1986 (RAJ, 1986, 6622) (*obiter dicta*); como también STS 4 febrero 1970 (RAJ 1970, 524); STS 4 diciembre 1975 (RAJ 1975, 4324); STS 9 febrero 1998 (RAJ 1998, 609); SAP Valencia (7<sup>a</sup>) 23 septiembre 1998 (AC 1998, 1699); y SAP Málaga (4<sup>a</sup>) 10 marzo 2003 (JUR 2003, 238355), que admiten la posibilidad de que el testador atribuya el usufructo de unos bienes a una persona existente y la nuda propiedad de los mismos a un *concepturus* en el momento del fallecimiento del usufructuario, existiendo, en tal supuesto, un usufructo con nudo propietario transitoriamente indeterminado.

En la doctrina científica esta posibilidad, que hoy es admitida de manera prácticamente unánime, fue defendida por DIEZ PASTOR, J. L.: “Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VI (1952), pp. 568-572, cuyas ideas fundamentales fueron posteriormente acogidas por ALCÁNTARA SAMPELAYO, J.: “Atribuciones patrimoniales en favor del *concepturus*”, *Revista de Derecho Privado* (1953), pp. 103-104; LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Sustitución condicional”, en LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*. Barcelona (1981): Bosch, pp. 346-348; MOLLEDA FERNÁNDEZ, J. A.: “El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo”, en *Estudios de Derecho Privado*, II. Madrid (1965); o VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama de Derecho de Sucesiones*, vol. I. Madrid (1982): Civitas, pp. 341-345.

el padre premuerto con las consiguientes consecuencias de carácter sucesorio<sup>43</sup>. A diferencia de lo que acontecía bajo la vigencia de la Ley n. 35 del 1988, dicho consentimiento podrá prestarse, no sólo “en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas”, sino también en el documento a que se refiere el art. 6.3 de la Ley, esto es, en el documento privado, suministrado por el centro autorizado, en el que se autoriza la fecundación de la mujer: “El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas”<sup>44</sup>.

Determinada la filiación del hijo, creo que éste será llamado a la herencia del padre, tanto si existe un llamamiento testamentario hecho a su favor<sup>45</sup> (recuérdese que actualmente no plantea ninguna duda la posibilidad de instituir heredero a un *concepturus* bajo la condición suspensiva de que llegue a nacer), como si, a falta de testamento, es la propia Ley quien lo llama a suceder *ab intestato*<sup>46</sup>. Es cierto que, en este último caso, existe un obstáculo legal a dicha sucesión, pues del art. 758 del Código Civil resulta que el heredero ha de existir al tiempo del fallecimiento del causante o, al menos, ha de estar concebido en este momento (esto último, por aplicación del art. 29 del Código Civil), lo que no acontece en el caso que nos ocupa.

Sin embargo, dicho obstáculo legal debe ceder ante las exigencias que derivan del principio constitucional de igualdad: determinada legalmente la filiación, no se puede negar a los hijos nacidos de una fecundación *post mortem* los derechos sucesorios que la ley reconoce a todo hijo, pues ello supondría una discriminación contraria al art. 14 de la Constitución. En este sentido, hay que elogiar el art. 325.3 del Código del Derecho Foral de Aragón, que establece que “Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida *post mortem* con su material reproductor; los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo

43 La ausencia del consentimiento del varón a la fecundación *post mortem* no puede ser suplido por la vía de la autorización judicial para satisfacer las aspiraciones de la mujer de tener un hijo de su marido premuerto. Cfr. AAP La Coruña 3 noviembre 2001 (AC 2001, 183).

44 En el caso de fecundación con gametos del conviviente, según el art. 9.3 de la Ley 14/2006, el consentimiento prestado por éste será considerado como un escrito indubitado a los efectos de iniciar el expediente gubernativo, para la inscripción de la filiación natural del hijo, previsto en el art. 49 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio –dice el precepto– de la acción de la reclamación judicial de paternidad, acción, que podrá ser ejercitada por el hijo, en el caso de que en el expediente se manifestare oposición por parte del Ministerio Fiscal o de parte interesada, probando que su padre manifestó en la forma legalmente prevista que su material reproductor pudiera ser utilizado para fecundar a su compañera y que dicha fecundación tuvo lugar o, al menos, se inició dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento.

45 Cfr. FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico*, cit., p. 283; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Reproducción artificial*, cit., pp. 112-113; y VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho Español”, en AA.VV.: *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida* (coord. J. VIDAL MARTÍNEZ). Granada (1998): Comares: pp. 115-116.

46 Tal posición, sobre la cual no existe unanimidad en la doctrina científica española es propuesta por GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “Técnicas de reproducción”, pp. 181 ss. RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Reproducción artificial*, cit., pp. 112-113, no se pronuncia al respecto (aunque se muestra favorable a una reforma legislativa que reconozca derechos sucesorios a los hijos concebidos *post mortem*). VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Las técnicas”, cit., pp. 115-116, parece aceptarla, al plantear la posible aplicación por analogía del art. 29 CC. En contra, en cambio, claramente PANTALEÓN PRIETO, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 15 (1993), mayo agosto, p. 156, nota 63, con el argumento de que, al tiempo del fallecimiento del padre, el hijo todavía no estaba concebido.

de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre estas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación". Por su parte, el art. 412-1.2 del Libro IV del Código Civil de Cataluña dispone que "Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto".

Por las mismas razones apuntadas, me parece que el hijo concebido póstumamente tendrá la condición de heredero forzoso del padre premuerto, por lo que podría ejercitar la acción de preterición en defensa de su legítima, si éste, al hacer testamento (antes o después de autorizar la fecundación *post mortem*), no lo hubiera nombrado como heredero o legatario; y siendo la preterición intencional habría que proceder a reducir la institución de heredero en la medida necesaria para preservar su legítima (art. 841.I CC)<sup>47</sup>.

---

47 Cfr. en este sentido FEMENIA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico*, cit., p. 289.

**EL RD 594/2015, DE 3 DE JULIO POR EL QUE SE  
REGULA EL REGISTRO DE ENTIDADES RELIGIOSAS: UNA  
REFORMA NECESARIA**

**ROYAL DECREE 594/2015, 3RD JULY, BY WHICH  
IS REGULATED THE REGISTRATION OF RELIGIOUS  
ENTITIES: A NECESSARY REFORM**

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 34-63*



Rosa M<sup>a</sup>.  
RAMÍREZ  
NAVALÓN

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 1 de febrero de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** En España la inscripción en el Registro de Entidades religiosas (RER) constituye una pieza fundamental para el desarrollo del ejercicio del derecho de libertad religiosa en el ámbito colectivo. Con la inscripción en el RER se acredita la tipicidad religiosa de los entes posibilitando la aplicación de un régimen jurídico especial y favorable. El presente trabajo tiene por objeto el estudio del RD 594/2015, de 3 de julio por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas de España con el fin de valorar las novedades introducidas respecto de la normativa anterior. A tal fin analizaremos el ámbito subjetivo y objetivo de la inscripción, así como los presupuestos y efectos de la inscripción.

**PALABRAS CLAVE:** Registro de Entidades religiosas; Inscripción; Personalidad jurídico-civil; Entidades religiosas; Libertad religiosa.

**ABSTRACT:** In Spain, registration in the Register of Religious Entities (RER) constitutes a fundamental element for the development of the right of religious freedom in its collective sense. Registration in the RER allows the religious communities to achieve the civil personality such as religious entities and also it enables the application of a special and favorable legal regime to them. The aim of this study is to analyze the RD 594/2015, of 3rd July, on the regulation of the Spanish Register of Religious Entities in order to assess the new rules concerning the former legislation. In this way, we will analyze the subjective and objective scope of registration and requirements and purposes of registration.

**KEY WORDS:** Registration of religious entities; Inscription; Legal civil personality; Religious entities; Religious freedom.

**SUMARIO.-** I. Introducción.- II. La estructura del Registro.- III. Sujetos y actos inscribibles.- IV. La inscripción en el Registro de las Entidades religiosas.- 1. Naturaleza de la inscripción y de la actividad administrativa del registro. La competencia para instruir y resolver.- 2. Inscripción de las entidades religiosas mayores.- A). Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas.- B). Federaciones.- 3. Inscripción de las entidades religiosas menores.- 4.- Inscripción de entidades de origen extranjero.- 5. Declaración de funcionamiento de las entidades inscritas.- V. Inscripción de la modificación de estatutos.- VI. Anotaciones de ministros y lugares de culto.- VII. Cancelación de la inscripción.

## I. INTRODUCCIÓN.

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR) dispone en su art. 5.1 que “Las Iglesias, Confesiones, y Comunidades religiosas, y sus Federaciones, gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente registro público que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia”. De esta forma, las Entidades religiosas que quieran gozar de personalidad jurídica deberán inscribirse en dicho registro. Se trata de una inscripción constitutiva, a diferencia de las asociaciones en general para las que la inscripción tiene sólo efectos de publicidad formal<sup>1</sup>.

La inscripción produce otros efectos jurídicos especiales que, por el objeto de este trabajo, me limito a enumerar: el reconocimiento a las entidades religiosas de

<sup>1</sup> Vid. Entre otros: OLMOs ORTEGA, M<sup>a</sup>. E.: “El Registro de Entidades Religiosas”, *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 45, 1988, pp. 97-121; CATALÁ RUBIO, S.: El derecho a la personalidad jurídica de las entidades religiosas, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004; LOMBARDIA, P.: “La personalidad de los entes eclesiales”, en GIMÉNEZ y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, J., y CORRAL, C. (eds.): *Iglesia y Estado en España. Régimen jurídico de sus relaciones*, Ediciones Rioduero, Madrid, 1980, pp. 101-127; LÓPEZ ALARCÓN, M.: “Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de las entidades religiosas católicas”, *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, pp. 335-365; LÓPEZ ALARCÓN, M.: “Confesiones y entidades religiosas”, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Eunsa, 6ª edición, Pamplona, 2007, pp. 179-206; RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Libertad religiosa y Registro de Entidades Religiosas (a propósito de la STC 46/2001)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2003, pp. 337-354; RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “El Registro de Entidades Religiosas en la doctrina española”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 24, 2008, pp. 839-864; PRIETO SANCHIS, L.: “Posición jurídica de las asociaciones religiosas en el Derecho Español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 4, 1988, pp. 433-462; CAMARASA CARRILLO, J.: *La personalidad jurídica de las entidades religiosas en España*, Marcial Pons, Madrid, 1995; GARCIMARTÍN MONTERO, C.: *La personalidad jurídica civil de los entes eclesiales*, Cedecs, Barcelona, 2000; HERRERA CEBALLOS E.: *El Registro de Entidades Religiosas. Estudio global y sistemático*, Eunsa, Pamplona, 2012; HERRERA CEBALLOS, E.: “Hacia la construcción de un registro fiel reflejo de la realidad. La reforma del registro de entidades religiosas”, *Revista de Derecho Eclesiástico del Estado*, lustel, núm. 35, 2015.

### • Rosa M<sup>a</sup>. Ramírez Navalón

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Valencia (España). Licenciada en Derecho Canónico por la Universidad Lateranense de Roma. Autora de varias monografías y numerosos artículos especializados en temas de derecho matrimonial y procesal canónico, relaciones Iglesia Estado y libertad religiosa, entre otros. Directora de diversos proyectos de investigación financiados por entidades públicas y privadas. Ponente en diversos foros jurídicos: Cursos de formación de Jueces y Magistrados, Asociación Española de Canonistas, Conferencia Episcopal española, Jornadas internacionales, etc. Correo electrónico: Rosa.M.Ramirez@uv.es.

su plena autonomía en el establecimiento de sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, según dispone el art. 6 de la LOLR, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación.

Por otra parte la inscripción, y con ella la adquisición de la personalidad jurídica junto con la declaración de notorio arraigo<sup>2</sup>, constituyen los requisitos indispensables para la firma de acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas (art. 7 LOLR) lo que conlleva un régimen jurídico especial, entre otros, en temas exenciones y beneficios fiscales, subvenciones, asistencia religiosa, enseñanza de la religión, conmemoración de días festivos, eficacia de sus formas religiosas de celebración de matrimonio, etc.<sup>3</sup>

En España, por lo tanto, es indudable la importancia que tiene el Registro de entidades religiosas (RER). Constituye una pieza fundamental para el desarrollo del ejercicio del derecho de libertad religiosa en el ámbito colectivo y al acreditar la tipicidad religiosa de los entes posibilita la aplicación de un régimen jurídico especial. De ahí que la aprobación del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas<sup>4</sup>, requiera un detenido análisis.

El RER se reguló inicialmente por el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, de Organización y Funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas que desarrolló el art. 5 de la LOLR. Dicha norma se completaba con la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1984 sobre publicidad del Registro de Entidades Religiosas, así como

- 2 Vid. el Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España. BOE de 1 de agosto de 2015. En el art. 3 del citado RD se establecen requisitos para su reconocimiento: a) Llevar inscritas en el Registro de Entidades Religiosas treinta años, salvo que la entidad acredite un reconocimiento en el extranjero de, al menos, sesenta años de antigüedad y lleve inscrita en el citado Registro durante un periodo de quince años. b) Acreditar su presencia en, al menos, diez comunidades autónomas y/o ciudades de Ceuta y Melilla. c) Tener 100 inscripciones o anotaciones en el Registro de Entidades Religiosas, entre entes inscribibles y lugares de culto, o un número inferior cuando se trate de entidades o lugares de culto de especial relevancia por su actividad y número de miembros. d) Contar con una estructura y representación adecuada y suficiente para su organización a los efectos de la declaración de notorio arraigo. e) Acreditar su presencia y participación activa en la sociedad española. Hasta la fecha de la entrada en vigor de este RD, el notorio arraigo había sido solicitado por la confesión respectiva a la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (CALR) que, desde el inicio de su actividad, había elaborado criterios para la obtención del notorio arraigo. En 1984 se reconoció al protestantismo y al judaísmo y en 1989 al islam. Por esta misma vía, posteriormente, se reconoció a La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días en el año 2003, a los Testigos Cristianos de Jehová en el 2006, a la Federación de Entidades Budistas de España en el 2007 y, finalmente, a la Iglesia Ortodoxa en 2010.
- 3 Las confesiones que hasta la fecha, han firmado Acuerdos de cooperación con el Estado español son cuatro: la Iglesia Católica (Acuerdos de 3 de enero de 1979), las Iglesias Evangélicas (Ley 24/1992, de 10 de noviembre), las Comunidades Judías (Ley 25/1992, de 10 de noviembre), las Comunidades Musulmanas (Ley 26/1992, de 10 de noviembre).
- 4 BOE de 1 de agosto de 2015. Corrección de errores del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas. BOE 27 de Noviembre de 2015.

por el Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, sobre Fundaciones Religiosas de la Iglesia Católica y por la Resolución de 11 de marzo de 1982 de la Dirección General de Asuntos Religiosos sobre inscripción de Entidades de la Iglesia Católica en el Registro de Entidades Religiosas.

El transcurso del tiempo, junto con el aumento de la actividad registral provocó situaciones difíciles de resolver; incluso a través de la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No obstante, han debido transcurrir treinta y cuatro años para que la normativa reguladora del RER fuera puesta al día, lo que se ha producido mediante el Real Decreto 594/2015 que comentamos. Entre las causas que motivan la nueva normativa destacan, entre otras, la de dar solución los problemas detectados<sup>5</sup>, adecuar el registro a los sistemas registrales modernos y recopilar en un solo texto la normativa que a lo largo de estos años se había publicado sobre el mismo.

En el informe del Consejo de Estado se justifica la oportunidad de la reforma en diversas razones, entre las que destaca la necesidad de adecuar la *praxis* administrativa a la doctrina recogida en la Sentencia 46/2001, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional, y también defendida desde diversas instancias internacionales, que viene a limitar la intervención del Registro de Entidades Religiosas a la constatación del cumplimiento de los requisitos legales, sin que el mismo pueda, por ello, realizar un control de veracidad de las creencias religiosas. Al mismo tiempo influye el aumento exponencial del número de entidades religiosas inscritas y la diversidad de formas organizativas de las mismas, lo que aconsejaba definir con más precisión los sujetos inscribibles y adaptarlos a la realidad religiosa. Por otra parte, a la vista de los problemas que se habían ido poniendo de manifiesto en la práctica registral, debía completarse el régimen jurídico de los actos susceptibles de inscripción y su procedimiento. Así mismo, la reforma trae su causa en la existencia de entidades inscritas que carecían de actividad hecho que hizo que el Registro de Entidades Religiosas no reflejara la realidad de la situación existente, lo que se intentó paliar con la obligación de presentar una declaración de funcionamiento cada dos años, como más adelante analizaremos<sup>6</sup>.

El marco jurídico de referencia del que parte la nueva normativa lo constituyen las directrices recogidas en diversos documentos internacionales, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), así como del Tribunal Europeo

5 Vid. GARCÍA GARCÍA, R.: "La necesaria reforma del Registro de Entidades Religiosas", en AA.VV. MARTÍN, M<sup>a</sup>. DEL M. (ed.): *Entidades eclesásticas y Derecho de los Estados*, Comares, Granada 2006; HERRERA CEBALLOS, E.: "Dos proyectos de reforma del Registro de Entidades Religiosas. Aproximación crítica", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 29, 2013, 415-416 y 428.; LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.: "La cuestión de la reforma del RER: examen de las propuestas reglamentarias de 2003 y 2004", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, núm. 19, 2009, pp. 2-4.

6 Vid. Dictamen del Consejo de Estado 520/2015.

de Derechos Humanos (TEDH), en donde se destaca que la adquisición de la personalidad constituye un derecho para las entidades religiosas<sup>7</sup>.

Desde un punto de vista meramente formal hay que destacar que frente a los ocho artículos del anterior Real Decreto, el vigente tiene treinta y cuatro, además de varias disposiciones adicionales y finales. Estructuralmente se divide en cuatro títulos dedicados, en primer lugar, a las entidades y actos inscribibles; a los procedimientos de inscripción en segundo lugar; en tercer lugar, a la estructura y funcionamiento del Registro y finalmente se regula la publicidad del Registro.

## II. LA ESTRUCTURA DEL REGISTRO.

El Registro de entidades religiosas sigue conservando la misma ubicación, carácter y dependencia orgánica, es decir, que radica en Madrid con carácter general y unitario para todo el territorio<sup>8</sup> y está bajo la dependencia del Ministerio de Justicia como unidad administrativa adscrita a la Subdirección General de Relaciones con las Confesiones<sup>9</sup>. Se modifica, sin embargo, la estructura y más concretamente las secciones del Registro. De esta forma, mientras que se mantienen la sección general y la especial, desaparece la sección dedicada a las fundaciones de la Iglesia Católica y se crea una nueva sección denominada histórica.

En la sección general se inscriben las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas, así como las entidades instituidas por las mismas. En la sección especial, las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas que hayan firmado o a las que sea de aplicación un Acuerdo o Convenio de cooperación con el Estado, así como el resto de entidades instituidas por las mismas.

Para la sección especial sigue vigente lo establecido en la Instrucción de 4 de junio de 2014<sup>10</sup>. En la mencionada Instrucción se daba solución al problema causado por la situación de las comunidades inscritas adheridas a varias federaciones. Con el fin de acabar con esta situación, se establecía un plazo de tres meses para que tales

7 Vid. Preámbulo del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio.

8 Se entiende sigue vigente el Convenio de colaboración con la Administración de la Generalidad de Cataluña, en materia de asuntos religiosos aprobado por Resolución de 16 de noviembre de 2010, de la Secretaría de Estado de Justicia y publicado en el BOE de 26 de noviembre de 2010. Y sin perjuicio de que puedan establecerse otros en aplicación de la disposición Adicional primera, en donde se establece que el Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas, en el marco de lo dispuesto en sus respectivos Estatutos de Autonomía, podrán firmar convenios de colaboración con el objeto de permitir la participación de la comunidad autónoma en la gestión del Registro de Entidades Religiosas.

9 <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/libertad-religiosa/registro-entidades-religiosas>

10 Instrucción de 4 de junio de 2014, de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones, por la que se establecen determinados procedimientos en el Registro de Entidades Religiosas. BOE de 16 de junio de 2014. Un comentario de dicha instrucción puede verse en: RAMÍREZ NAVALÓN, R M<sup>a</sup>.: "El derecho de libertad religiosa a la luz de las recientes disposiciones legislativas y de la jurisprudencia", en AA.VV., Bochms, J. (coord.): *Cuestiones actuales de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Actas de las XXXIV Jornadas de Actualidad Canónica, organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 23-25 de abril de 2014, Dykinson, Madrid, 2015, p. 320.

entidades eligieran una y, en caso de no hacerlo, se determinó que correspondería a la última inscripción<sup>11</sup>.

Respecto a la sección sobre fundaciones, aunque ya no aparece como tal en la nueva normativa, se establece que mantiene su existencia mientras no se regulen con carácter general las fundaciones de las entidades religiosas en una nueva Ley de Fundaciones. Es decir, que mientras tanto, sigue en vigor el Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, sobre Fundaciones religiosas de la Iglesia católica<sup>12</sup>.

Finalmente, la sección histórica constituye una novedad con la que se quiere contribuir a la puesta al día del propio Registro, para que lo inscrito y la realidad coincidan. En este sentido el art. 26 establece que a esta sección se trasladarán con sus protocolos anejos, los asientos de las entidades que hayan sido cancelados así como aquellas solicitudes que hayan sido denegadas.

Es significativo también, por constituir otra novedad importante, el modo en el que se va a proceder a las inscripciones. Se hará a través de fichas registrales, mediante procedimientos electrónicos, lo que sin duda constituye una modernización de registro posibilitando la consulta a través de medios informáticos (art. 27). Se establece, no obstante, anejo al Registro un Archivo en el que se conservará un expediente o protocolo por cada una de las entidades inscritas, y en el que se archivarán cuantos documentos se produzcan en relación con la entidad, así como los títulos que hayan servido para realizar la inscripción de los actos inscritos o anotados.

Igualmente constituye una novedad, la posibilidad contemplada en el art. 28 de realizar anotaciones marginales. Una de las posibles anotaciones marginales que se regulan es la relativa a la impugnación del nombramiento de los representantes legales de la entidad o por falsedad del acta o en la certificación. Esta posibilidad, no establecida en el anterior Real Decreto, fue introducida, no obstante, por la Instrucción de 4 de junio de 2014, de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones, por la que se establecen determinados procedimientos en el Registro de Entidades Religiosas<sup>13</sup>. Esta disposición contribuye, sin duda, a reforzar la seguridad jurídica en situaciones que pueden llegar a ser muy conflictivas. La segunda anotación marginal contemplada en el art. 29 del RD se

11 La misma solución se encuentra recogida en la Disposición quinta y sexta del RD 594/2015: "Las entidades religiosas que estén adheridas a más de una Federación que forme parte, a su vez, de la Federación que figure como sujeto firmante del Acuerdo de Cooperación con el Estado, solo podrán anotar en el Registro una de dichas adhesiones a los efectos de proceder a su traslado a la Sección Especial del Registro, sin perjuicio de su derecho a mantener todas las adhesiones que admitan sus normas internas.

Sexta: Cuando de los datos registrales resulte que una de las entidades comprendidas en el artículo anterior se encuentra adherida a más de una Federación, se requerirá a su representante legal para que, en el plazo de tres meses comunique la Federación a la que mantienen su adhesión a efectos registrales. Transcurrido el plazo sin haber realizado dicha comunicación, se mantendrá la última adhesión inscrita en el Registro de Entidades Religiosas".

12 Disposición Transitoria segunda del RD 594/2015.

13 BOE de 16 de junio de 2014.

refiere a la falta de declaración de funcionamiento que cada dos años las entidades inscritas están obligadas a hacer:

El RER sigue manteniendo su carácter público estableciéndose una sede electrónica a la cual pueden acceder los ciudadanos<sup>14</sup>. La publicidad formal se efectúa mediante certificaciones o copias del contenido de los asientos (art. 31 a 34). Hasta la aprobación del RD la publicidad del RER era objeto de regulación por la Orden del Ministerio de Justicia de 11 de mayo de 1984, cuya derogación se contempla en el RD, de forma expresa. De acuerdo con el artículo 5 de esta Orden, la publicidad del Registro se llevaba a cabo, de forma exclusiva, por medio de certificación. El art. 30.4 del RD admite, sin embargo, que la publicidad se efectúe mediante certificaciones (art. 31) o copias (art. 32).

### III. LOS SUJETOS Y ACTOS INSCRIBIBLES.

#### I. Los sujetos inscribibles.

En el elenco de entidades inscribibles se recogen tanto las entidades mayores, como las menores. En las entidades mayores no hay variación respecto de la normativa anterior; siendo inscribibles: las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas, así como sus Federaciones. En cuanto a las entidades menores comprobamos varias modificaciones:

En primer lugar, se establece un requisito previo, el de que todas las entidades menores que pretendan la inscripción deben haber sido erigidas, creadas o instituidas por la respectiva entidad mayor de la que dependan y ésta, a su vez, debe constar inscrita en el Registro de entidades religiosas.

En segundo lugar, el RD 594/2015 ha ampliado el ámbito subjetivo del RER para dar cabida a otras instituciones de naturaleza religiosa, de acuerdo con la experiencia adquirida en la práctica registral, desarrollado reglamentariamente el art. 5.1 de LOLR. La normativa anterior no contemplaba la variada tipología de los entes menores de las Iglesias y Confesiones, por lo que éstas tenían que adaptar sus estructuras a las formas previstas en la ley, como pone de relieve J. MANTECÓN<sup>15</sup>.

Se contemplan así, las siguientes entidades menores: circunscripciones territoriales, congregaciones, secciones o comunidades locales, entidades de carácter institucional que formen parte de su estructura, asociaciones con fines religiosos, sus federaciones, seminarios o centros de formación de sus ministros de culto, centros

14 <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/libertad-religiosa/registro-entidades-religiosas>.

15 MANTECÓN J.: "Breve nota sobre el nuevo Real Decreto del Registro de entidades religiosas", en *Ius Canonicum*, vol. 55, 2015, p. 796.

superiores de enseñanza que impartan con exclusividad enseñanzas teológicas o religiosas propias de la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa inscrita, comunidades monásticas o religiosas y las órdenes o federaciones en que se integren, institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica, sus provincias y casas, así como sus federaciones. Con el fin de que no se produzca un vacío legal, se establece también que serán inscribibles aquellas otras entidades menores recogidas en los acuerdos de cooperación, lo que supone una cláusula abierta que evitará los problemas acontecidos durante la etapa anterior<sup>16</sup>.

En tercer lugar, hay que destacar que en el elenco de entidades menores no se hace referencia a las fundaciones, cuestión que se explica en la Disposición Transitoria Segunda, al establecer que: “Las fundaciones religiosas de la Iglesia Católica seguirán rigiéndose por el Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, de Fundaciones de la Iglesia Católica, en tanto no se regulen con carácter general las fundaciones de las entidades religiosas. Hasta entonces, el Registro mantendrá la Sección de Fundaciones”.

## **2. Los actos con relevancia registral.**

En el art. 3 del RD se detalla el elenco de los actos con relevancia registral, unos inscribibles, otros susceptibles de anotación. Entre los primeros se recogen los siguientes: actos: a) La fundación o establecimiento en España de la entidad religiosa. b) Las modificaciones estatutarias. c) La identidad de los titulares del órgano de representación de la entidad. d) La incorporación y separación de las entidades a una federación. e) La disolución de la entidad. Los actos susceptibles de ser anotados se refieren a los lugares de culto y los ministros de culto, regulados en el art. 17 y 18 del RD respectivamente. Esta enumeración recogida en el art. 3 del RD no es exhaustiva, ya que al final del mencionado artículo se establece la posibilidad de inscribir o anotar en el RER cualesquiera otros actos que sean susceptibles de inscripción o anotación conforme los Acuerdos entre el Estado español y las confesiones religiosas. Se trata, por tanto, de un artículo con carácter abierto y ejemplificativo que tiene la finalidad de favorecer la información de los usuarios respecto de las acciones que pueden llevarse a cabo en el Registro.

## **IV. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LAS ENTIDADES RELIGIOSAS.**

### **I. Naturaleza de la inscripción, de la actividad administrativa y el carácter religioso de los sujetos inscribibles, un problema sin resolver.**

El art. 4 del RD 594/2015 regula el derecho de inscripción concretando la naturaleza constitutiva del acto ya que a partir de ese momento la entidad religiosa,

---

16 Art. 2.2 RD 594/2015.

adquiere la capacidad jurídica y de obrar. Se trata, según se recoge en el preámbulo del RD, de un derecho fundamental de los sujetos colectivos del derecho de libertad religiosa. En este sentido el apartado segundo del art. 4 establece que: "Solo podrá denegarse la inscripción cuando no se reúnan los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa o en el presente real decreto".

Una de las cuestiones más controvertidas fue precisamente la determinación de la naturaleza religiosa que debe tener la entidad para poder acceder a este registro en aplicación del art. 3.2 de la LOLR<sup>17</sup>. Esta cuestión, como es sabido, llegó al Tribunal Constitucional a propósito de la denegación de la inscripción de la Iglesia de la Unificación<sup>18</sup>. La Sentencia TC 46/2001, de 15 de febrero, que estima el recurso de la citada entidad, establece que la actividad del Registro se limita únicamente la comprobación de que la entidad no es alguna de las excluidas por el art. 3.2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 7 de julio, ni excede de los límites previstos en el art. 3.1 de la misma ley, sin que pueda realizar un control de la legitimidad de las creencias religiosas<sup>19</sup>. ¿Cómo se determina entonces que una entidad tiene o no naturaleza religiosa por parte de la administración? ¿Constatando lo que dice la propia entidad? Si la actividad del Registro es de mera constatación, ¿todo grupo que se autoproclame religioso a efectos de inscripción lo es?, ¿cuál debe ser la respuesta del Registro ante solicitudes de inscripción como el caso de la denominada iglesia Pastafari o del Espagueti volador?

El RD que analizamos podía haber arrojado algo más de luz en este tema si hubiera recogido un concepto, a los meros efectos legales, de lo que ha de entenderse por entidad religiosa, como se recogía en propuestas de reforma anteriores y por la doctrina<sup>20</sup>, pero no lo ha hecho. No obstante, el nuevo RD, a diferencia del anterior,

- 17 Art. 3.2 LOLR establece: "Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos".
- 18 La Iglesia de la Unificación es también conocida con el nombre de «Secta Moon». En el fondo de esta controversia lo que se estaba dilucidando era el control a través del RER de las calificadas como sectas destructivas.
- 19 La STC núm. 46/2001, de 15 de febrero, concluyó que la función registral: "no habilita al Estado para realizar una actividad de control de la legitimidad de las creencias religiosas de las entidades o comunidades religiosas, o sobre las distintas modalidades de expresión de las mismas, sino tan solo la de comprobar, emanando a tal efecto un acto de mera constatación que no de calificación, que la entidad solicitante no es alguna de las excluidas por el artículo 3.2 de la LOLR, y que las actividades o conductas que se desarrollan para su práctica no atentan al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, ni son contrarias a la seguridad, salud o moralidad públicas (artículo 3.1 de la LOLR), como elementos en que se concreta el orden público protegido por la ley en una sociedad democrática, al que se refiere el artículo 16.1 de la Constitución". En consecuencia, el Registro de Entidades Religiosas -concluyó el Tribunal Constitucional- "no se mueve en un ámbito de discrecionalidad que le apodere con un cierto margen de apreciación para acordar o no la inscripción solicitada, sino que su actuación en este extremo no puede sino calificarse como reglada" (FJ 8º).
- 20 En este sentido vid.: LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.: "La naturaleza confesional de la entidad solicitante como criterio para denegar la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. Comentario a la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2004", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 6, 2004; ídem, "La naturaleza confesional de la entidad solicitante como criterio para denegar la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. Comentario a la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2004", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 6, 2004; ALDANONDO, I.: "El Registro de Entidades Religiosas (algunas observaciones críticas sobre su problemática registral)", en *Anuario de Derecho Eclesiástico Estado*, VII, 1991, pp. 13-47; ALENDA SALINAS, M.: "El Registro de Entidades Religiosas. La praxis administrativa tras la STC 46/2001", *Iustel*, Madrid, 2009; FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: "Reflexiones en torno a la

desarrolla ejemplificativamente lo que debe entenderse por fines religiosos lo que, sin duda, supondrá un valioso indicio en la determinación de la naturaleza religiosa de los grupos que soliciten el acceso al Registro.

Los parámetros que la administración puede examinar para determinar si la entidad posee o no naturaleza religiosa están contemplados en el art. 6 apartados a) y d) y son los siguientes:

En primer lugar, su denominación, ya que no debe contener términos que lleven a confusión en este aspecto<sup>21</sup>. En segundo lugar, el registro podrá examinar las bases doctrinales de la entidad que se pretenda inscribir en el Registro. Este examen podría entrar en colisión con la doctrina del constitucional si supone un control de legitimidad de las creencias. En tercer lugar, la constatación de que carecen de ánimo de lucro. Y finalmente, en cuarto lugar, la administración comprobará si las actividades de la entidad están dentro de las consideradas como actividades específicas religiosas y que, según la norma, son entre otras: el ejercicio y fomento del culto, el mantenimiento de lugares y objetos de culto, la predicación, la intervención social, la difusión de información religiosa, la formación y enseñanza religiosa y moral, la asistencia religiosa, la formación y sustento de ministros de culto.

La competencia para instruir los expedientes de inscripción y resolver las impugnaciones que se su caso pudieran presentarse está regulado en los art. 10 y 11 del RD. En este punto no ha habido modificaciones, ya que corresponde a Subdirección General de Relaciones con las Confesiones la instrucción de los expedientes de inscripción. Se podrán recabar informes a la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, así como cualquier otro que considere necesario acerca de la solicitud de inscripción. El plazo para resolver la solicitud de inscripción es de 6 meses y, en caso de no haber resolución por parte del Ministro de Justicia, se entenderá admitida por silencio positivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

## 2. Inscripción de las entidades religiosas mayores.

### A) Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas.

Los requisitos y el modo de practicar la inscripción de las entidades mayores: Iglesias, Confesiones, Comunidades religiosas está regulado en el art. 6 RD<sup>22</sup>.

---

función del Registro de Entidades Religiosas (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2007 sobre inscripción de la Iglesia de la Scientology)", *Laicidad y Libertades*, núm. 7, 2007, pp. 389-403.

- 21 Art. 3.2 LOLR establece: "Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos". Por lo tanto, no deberán utilizar términos que hagan alusión a las finalidades que a título de ejemplo señala el citado artículo.
- 22 Art. 6. Inscripción de Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas: "1. La inscripción de Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas se iniciará por sus representantes legales o personas debidamente autorizadas

La enumeración de los requisitos para la inscripción es prácticamente igual que en la anterior normativa, se han introducido, no obstante, algunas novedades, concreciones y modificaciones.

a) Novedades: Como novedad, el vigente RD 594/2015 establece que la entidad religiosa deberá presentar el acta de la fundación o establecimiento en España en documento elevado a escritura pública, junto con la solicitud de inscripción. Un dato sustantivo interesante y nuevo es que en dicha acta se podrá hacer constar la relación nominal de, al menos, veinte personas mayores de edad y con residencia legal en España que avalan la fundación o establecimiento de la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa.

La demostración de este sustrato social pretendía ser un requisito de inscripción, como pone de relieve el informe del Consejo de Estado, pero tal exigencia, que no está contemplada en la LOLR, y en cuanto se trata de un límite para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa en su vertiente institucional, el requisito del número de fieles entra dentro del núcleo orgánico de la materia regulada y no puede ser introducido por una norma reglamentaria. Por lo tanto, para la inscripción de una entidad religiosa no se requiere demostrar un mínimo sustrato social, la aportación de las veinte personas que avalan la existencia de la entidad, establecida en el art. 6 in fine del RD, es facultativa<sup>23</sup>.

Otro punto nuevo es el requerido en el apartado c del artículo 6 cuando establece que en la solicitud de inscripción conste el ámbito territorial de actuación de la entidad religiosa. Esta exigencia, según J. MANTECÓN<sup>24</sup>, podría tener su importancia de

---

mediante solicitud que deberá acompañarse de documento elevado a escritura pública en el que consten los siguientes datos: a) Denominación, que no podrá incluir términos que induzcan a confusión sobre su naturaleza religiosa. No serán admisibles las denominaciones que incluyan expresiones contrarias a las leyes. Tampoco podrá coincidir o asemejarse, de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Entidades Religiosas. Los solicitantes aportarán su traducción al castellano o a alguna de las lenguas cooficiales de las comunidades autónomas para el caso de que la denominación de la entidad no figure en castellano o en alguna de las lenguas cooficiales de las comunidades autónomas. Dicha traducción no formará parte de la denominación de la entidad. En todo caso, las denominaciones deberán estar formadas con letras del alfabeto en castellano o en cualquiera de las lenguas cooficiales. b) Domicilio. c) Ámbito territorial de actuación. d) Expresión de sus fines religiosos y de cuantos datos se consideren necesarios para acreditar su naturaleza religiosa. A estos efectos pueden considerarse como tales, sus bases doctrinales, la ausencia de ánimo de lucro y sus actividades religiosas específicas representadas por el ejercicio y fomento del culto, el mantenimiento de lugares y objetos de culto, la predicación, la intervención social, la difusión de información religiosa, la formación y enseñanza religiosa y moral, la asistencia religiosa, la formación y sustento de ministros de culto, y otros análogos. e) Régimen de funcionamiento, órganos representativos y de gobierno, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación. f) Relación nominal de los representantes legales. En el caso de que éstos fuesen extranjeros deberán acreditar su residencia legal en España en los términos establecidos por la legislación vigente. 2. Será necesario presentar, además, el acta de la fundación o establecimiento en España en documento elevado a escritura pública. En dicha acta se podrá hacer constar la relación nominal de, al menos, veinte personas mayores de edad y con residencia legal en España que avalan la fundación o establecimiento de la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa”.

23 El sustrato social o histórico será preciso demostrarlo para el reconocimiento del notorio arraigo de la entidad religiosa por parte de la Comisión Asesora de libertad religiosa. Ver nota 2 y el art. 3 del Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España. BOE de 1 de agosto de 2015.

24 MANTECÓN, J.: “Breve nota”, cit., p. 803.

cara al lugar de trabajo de sus ministros de culto, sobre todo cuando realizan actos con efectos civiles, como los matrimonios.

b) Concreciones. Se concretan también algunos de los datos que deben constar en la solicitud de inscripción de la entidad. Así, en cuanto a la denominación se establece además de que debe ser idónea para distinguirla precisando que no debe crear confusión en cuanto a su naturaleza religiosa, ni debe ser contraria a la ley. En el caso de denominaciones extranjeras se aportará su traducción a algunas de las lenguas oficiales y dicha traducción no formará parte de la denominación de la entidad. Se establece, así mismo, que las denominaciones deberán estar formadas con letras del alfabeto castellano o de cualquiera de las lenguas cooficiales.

Una de las mayores concreciones que lleva a cabo el RD se refiere a la determinación de los fines religiosos que, como hemos comentado con anterioridad, deben constar también en la solicitud de inscripción.

c) Finalmente las modificaciones se refieren a la obligatoriedad actual de acompañar la relación nominal de los representantes legales ya que anteriormente este dato era facultativo. El hecho de que ahora sea obligatoria esta determinación incide en la seguridad jurídica por lo que consideramos muy acertada la exigencia.

## **B) Federaciones.**

El art. 8 del RD 594/2015<sup>25</sup> establece, con acierto, los requisitos para la inscripción de las Federaciones, lo que constituye una novedad respecto a la normativa anterior que no contemplaba nada al respecto. Este vacío legal podría ocasionar problemas, de modo que la previsión legal está realizada con acierto.

En estos casos se establece que, además de los requisitos señalados para la inscripción de las entidades mayores anteriormente expuestas (arts. 5 y 6.1 del RD), será preciso aportar diversa documentación. En concreto deben aportar el acta fundacional en la que deberá constar la denominación, domicilio y número registral de cada una de las entidades fundadoras, salvo que estén pendientes de inscripción, así como los datos de identificación de los representantes legales de cada una de éstas. Además, cada una de las entidades que se integren en la Federación deberán acreditar en la escritura pública de fundación de la misma, la certificación del acuerdo

25 Art. 8. Inscripción de Federaciones. 1. Será de aplicación a la inscripción de Federaciones lo establecido en los artículos 5 y 6.1 de este real decreto respecto de la inscripción de Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas. 2. Será necesario aportar, además, los siguientes documentos: a) Acta fundacional en la que deberá constar la denominación, domicilio y número registral de cada una de las entidades fundadoras, salvo que estén pendientes de inscripción, así como los datos de identificación de los representantes legales de cada una de éstas. b) Cada una de las entidades que se integren en la Federación deberán acreditar en la escritura pública de fundación de la misma, la certificación del acuerdo adoptado para su integración, expedido por las personas o cargos con facultad para certificar, en el que se expresará la aceptación de los estatutos de la Federación y la designación de la persona o personas que represente a la entidad religiosa en el acto constitutivo de la Federación.

adoptado para su integración, expedido por las personas o cargos con facultad para certificar; en el que se expresará la aceptación de los estatutos de la Federación y la designación de la persona o personas que represente a la entidad religiosa en el acto constitutivo de la Federación.

El nuevo RD 594/2015, a diferencia del anterior, también prevé la anotación y cancelación de la adhesión de entidades religiosas a la Federaciones, art. 15 y 16.

### **3. Inscripción de las entidades religiosas menores. Especial referencia a los entes menores de la Iglesia Católica.**

El RD 594/2015<sup>26</sup> detalla con mayor minuciosidad los requisitos exigidos para la inscripción de las entidades menores. En estos casos, será necesario aportar cuatro documentos:

- Escritura pública donde consten los datos previstos en el art. 6.1 es decir: a) Denominación, b) Domicilio, c) Ámbito territorial de actuación, d) Expresión de sus fines religiosos y de cuantos datos se consideren necesarios para acreditar su naturaleza religiosa e) Régimen de funcionamiento, órganos representativos y de gobierno, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación.

- Testimonio literal, debidamente autenticado, del acta de constitución de la entidad menor.

- Testimonio literal autenticado del documento por el que la Iglesia, Confesión, Comunidad religiosa o Federación erige, constituye o aprueba la entidad menor.

- Documento en el que conste la conformidad del órgano supremo de la entidad en España, si lo hubiere.

En la actual normativa no se exige la certificación de los fines religiosos por parte de la entidad mayor lo que parece coherente con la praxis administrativa y judicial ya que dicha certificación carecía de fuerza probatoria plena ante el registro.

Cuando se trate de entidades menores de la Iglesia Católica hay que tener en cuenta la Resolución de 2 de diciembre de 2015 de la Dirección General de Cooperación jurídica internacional y de relaciones con las confesiones, sobre la

---

26 Art. 7. Inscripción de entidades creadas por una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa inscrita. 1. Para la inscripción de entidades creadas por una Iglesia, Confesión, Comunidad religiosa o Federación inscrita deberán aportarse, en escritura pública, los datos previstos en el apartado 1 del artículo anterior. 2. Además, se requerirá la aportación del testimonio literal, debidamente autenticado, del acta de constitución, así como del documento de la Iglesia, Confesión, Comunidad religiosa o Federación, por la que se erige, constituye o aprueba y, si lo hubiere, la conformidad del órgano supremo de la entidad en España.

inscripción de entidades católicas en el RER<sup>27</sup>. Esta Resolución tiene como finalidad adaptar el RD de 2105 sobre el RER al Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos (AJ) entre España y la Santa Sede de 1979, en donde se regula la adquisición de la personalidad jurídica de los entes menores de la Iglesia Católica<sup>28</sup>.

En este sentido distingue, igual que lo hace el Acuerdo Jurídico, entre diversos entes canónicos: circunscripciones territoriales, Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, asociaciones y fundaciones. Respecto a los entes territoriales de la Iglesia Católica (parroquias, diócesis, etc.) la Resolución sólo viene a recordar lo establecido en el AJ<sup>29</sup>, en el sentido de que las mismas no necesitan de la inscripción en el RER para la adquisición de la personalidad jurídico-civil, poseen dicha personalidad en cuanto la tengan canónica y sólo requieren la notificación al RER.

La Resolución respecto de estos entes territoriales de la Iglesia Católica lo único nuevo que añade se refiere al modo en que se ha de proceder para realizar la notificación antes referida. En este sentido se establece que ésta debe realizarse acompañando el correspondiente archivo electrónico. Por otra parte, con el fin de cotejar/actualizar las circunscripciones territoriales de la Iglesia Católica (diócesis, parroquias y otras circunscripciones territoriales, que gozan de personalidad jurídica civil, cuando hayan obtenido la personalidad jurídica en Derecho Canónico, y haya sido notificado al Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia), se solicita de la Conferencia Episcopal el envío al RER de un archivo electrónico que comprenda todas las circunscripciones territoriales actuales de la Iglesia Católica.

27 BOE de 23 de diciembre de 2015.

28 El Acuerdo de Asuntos Jurídicos firmado con la Santa Sede establece un régimen especial respecto del reconocimiento de personalidad jurídica de las Entidades de la Iglesia Católica que afecta a su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. Efectivamente, el art. 1 de dicho Acuerdo dispone lo siguiente: "El Estado español reconoce a la Iglesia Católica el derecho de ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias y en especial las de culto, jurisdicción y magisterio". De ello se deduce que la Iglesia Católica, como tal, no requiere de inscripción para gozar de plena capacidad jurídica...". Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano. B.O.E. de 15 de diciembre.

29 En el apartado primero se la Resolución de 3 de diciembre de 2015 se dispone: "1. Las circunscripciones territoriales de la Iglesia Católica no están sujetas al trámite de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas regulado por el Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas. 2. Las diócesis, parroquias y otras circunscripciones territoriales que pueda crear la Iglesia Católica gozarán de personalidad jurídica civil en cuanto la tengan canónica y ésta sea notificada por la Autoridad eclesiástica competente al Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, que acusará recibo de la notificación. Dicha notificación podrá ser acreditada por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, entre ellos, por una certificación expedida por el Registro de Entidades Religiosas, en la que se haga constar que se ha practicado.

3. Las diócesis, parroquias y otras circunscripciones territoriales existentes en España antes del 4 de diciembre de 1979 podrán acreditar su personalidad jurídica por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, incluida la certificación de la competente Autoridad eclesiástica en la que se acredite que se ha procedido a la citada notificación, así como por la oportuna certificación del Registro de Entidades Religiosas...". Anteriormente regulado por la Resolución de 11 de marzo de 1982, de la Dirección General de Asuntos Religiosos, sobre inscripción de Entidades de la Iglesia Católica en el Registro de Entidades Religiosas. BOE de 30 de marzo de 1982.

En cuanto a las peticiones de inscripción o modificación de los Institutos de Vida Consagrada (Órdenes, Congregaciones e Institutos religiosos o seculares) y Sociedades de Vida Apostólica, se recuerda lo ya establecido en la Resolución de 11 de marzo de 1982 al prever que puedan inscribirse individual o conjuntamente<sup>30</sup>. Hay, sin embargo, alguna previsión nueva; así, se establece que no será aplicable lo dispuesto en el art. 9 del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, sobre inscripción de entidades de origen extranjero, en los casos en los que dichos entes se hayan constituido conforme a Derecho Canónico y, cuando la erección de las casas de estas entidades, cuenten con la autorización del Obispo de la diócesis donde se pretendan establecer.

Por otra parte, se establece que podrán inscribirse como representantes legales de estas entidades religiosas a todos aquellos que se consideren necesarios para el adecuado desenvolvimiento de la actividad del Instituto, sus provincias y casas, sin perjuicio de añadir, en los casos en que sea preciso, la siguiente nota: "Esta inscripción queda sujeta al régimen de autorizaciones propio del Instituto de Vida Consagrada o Sociedad de Vida Apostólica, a los efectos de determinar la extensión y límites de su capacidad de obrar según lo dispuesto en el artículo 1.4 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos suscrito por el Estado español y la Santa Sede".

En cuanto a las asociaciones y fundaciones católicas la resolución de 2015 establece lo mismo que en la Resolución de 1982 antes citada. Se concretan no obstante para los tres casos<sup>31</sup> los requisitos que deben constar en las solicitudes de primera inscripción.

Dichas solicitudes deberán ir acompañadas de documento elevado a escritura pública en el que consten, además de los documentos a los que se refiere el art. 7.1 del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, los siguientes: a) Decreto de erección canónica de la entidad. b) Decreto de aprobación de los estatutos c) Documentación expedida por la autoridad eclesiástica competente en la que conste la identidad de su representante legal. d) Permiso del Obispado correspondiente para el establecimiento de la entidad, salvo que no sea procedente en Derecho Canónico. e) Cuando se trate de entidades religiosas de Derecho Pontificio, se requerirá diligencia de autenticación de los documentos provenientes de la Santa

30 En la Resolución de 3 de diciembre de 2015 apartado segundo se establece: "1. Respecto a las peticiones de inscripción o modificación en el Registro de Entidades Religiosas de los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica regulados en el canon 573 y/o concordantes del Código de Derecho Canónico, a los que se refiere el artículo 2.2.h) del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, podrá formularse: a) Individualizadamente, por cada una de las provincias, o casas, siempre que esté acreditada la personalidad jurídica civil de los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica al que pertenezcan. b) Por los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, en petición global que se refiera conjuntamente a sus provincias, o casas, remitiendo a tal efecto, junto con la petición, la documentación referente a todas y cada una de las entidades menores que pretendan adquirir personalidad jurídica civil propia...".

31 Me refiero a los entes menores de la Iglesia Católica que precisan de la inscripción para obtener la personalidad jurídico-civil: Institutos de vida consagrada, sociedades de vida apostólica, asociaciones y fundaciones.

Sede por parte de la Nunciatura Apostólica en España. f) Si la entidad fuera de carácter federativo, se acompañará, en la escritura pública, certificación expedida por la Autoridad eclesiástica competente en la que se enumeren todas las entidades que la componen, con expresión de su correspondiente número de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas si lo hubiere.

A los efectos de la aplicación del art. 7 *in fine* del RD 594/2015, la Conferencia Episcopal Española es el órgano superior en España a quien corresponde la diligencia de autenticación de las entidades menores, sin perjuicio de su derecho a delegar y de la competencia propia de cada Autoridad eclesiástica.

#### 4. Inscripción de entidades de origen extranjero<sup>32</sup>.

El art. 9 del RD 594/2015 supone una novedad al contemplar la posibilidad y establecer los requisitos para la inscripción de entidades religiosas dependientes de otras establecidas en el extranjero. En estos casos, además de los requisitos previstos para las entidades mayores o menores, según se trate, deberán aportar: a) Copia de los estatutos vigentes de la entidad extranjera. b) Certificado de la entidad extranjera que contenga la identidad de sus representantes legales o de los titulares de sus órganos de representación en el país de origen y de quienes hayan sido designados como tales en España. c) Certificado o documento que acredite que la entidad extranjera está legalmente reconocida en su país de origen.

Por otra parte se establece que dichos documentos deberán estar debidamente legalizados y traducidos, en su caso, de acuerdo con los convenios internacionales sobre la materia que sean aplicables.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que en la inscripción de los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica de la Iglesia Católica no será aplicable lo dispuesto en el art. 9 del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, sobre inscripción de entidades de origen extranjero, siempre que se hayan constituido conforme a Derecho Canónico y, en el caso de la erección de las casas de estas entidades, cuenten con la autorización del Obispo de la diócesis donde se pretendan establecer<sup>33</sup>.

32 Art. 9. Inscripción de entidades de origen extranjero. 1. Para la inscripción de una entidad religiosa dependiente de otra establecida en el extranjero se deberá aportar, además de los requisitos previstos en los artículos 5 y 6, los siguientes: a) Copia de los estatutos vigentes de la entidad extranjera. b) Certificado de la entidad extranjera que contenga la identidad de sus representantes legales o de los titulares de sus órganos de representación en el país de origen y de quienes hayan sido designados como tales en España. c) Certificado o documento que acredite que la entidad extranjera está legalmente reconocida en su país de origen. 2. Los documentos a que hace referencia el apartado anterior deberán estar debidamente legalizados y traducidos, en su caso, de acuerdo con los convenios internacionales sobre la materia que sean aplicables.

33 Resolución de 23 de diciembre de 2105. Apartado 2, punto 3.

## 5. Declaración de funcionamiento de las entidades inscritas.

Uno de los problemas del RER se refiere a la existencia de entidades que, estando inscritas, no tienen actividad alguna y, sin embargo, no pueden ser canceladas, porque, según el art. 5.3 de la LOLR, "la cancelación de los asientos relativos a una determinada Entidad religiosa sólo podrá llevarse a cabo a petición de sus órganos representativos o en cumplimiento de sentencia judicial firme".

Ante este hecho y dado que la inscripción de entidades religiosas no puede ser cancelada por falta de actividad, el RD les impone la obligación de presentar la referida declaración de funcionamiento cada dos años y, para el supuesto de que no lo hagan, se prevé la anotación marginal a efectos informativos de la falta de presentación de tal declaración. Con esta previsión, la norma proyectada no vulnera -a juicio del Consejo de Estado- el art. 5.3 de la LOLR, siempre y cuando dicha anotación marginal no refleje la falta de actividad de la entidad religiosa sino tan solo, la falta de presentación de la declaración de funcionamiento.

De esta forma, una vez que las entidades religiosas consten inscritas están obligadas a mantener actualizados sus datos registrales. En todo caso, cada dos años deberán aportar declaración de funcionamiento mediante la presentación telemática del formulario que el Registro apruebe a tal fin. Esta novedad está prevista en la Disposición quinta del RD. En ella se establece que, en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor, se proporcionará a las entidades inscritas un formulario electrónico en el que hay que hacer constar el domicilio (a efectos de comunicaciones), ámbito territorial, teléfono y correo electrónico. Como ya se ha comentado se prevé que, en caso de incumplimiento, se pondrá en evidencia mediante una anotación marginal, que podrá cancelarse desde el momento en que se aporten los datos solicitados. Esta previsión tiene por objeto adecuar la realidad registral y la material cuyo problema ya fue puesto de relieve por la doctrina<sup>34</sup>, aunque, como hemos dicho, la falta de presentación no dará lugar a la cancelación de asientos, sino sólo a una anotación marginal, a los meros efectos informativos.

## V. INSCRIPCIONES MODIFICATIVAS: DE ESTATUTOS Y REPRESENTANTES LEGALES.

En el RD de 1981 la modificación de las circunstancias inscritas en el RER se regulaba en el art. 5, un solo artículo frente a los tres que en la actualidad regulan

34 Cfr. GARCÍA GARCÍA, R.: "La necesaria reforma del Registro de Entidades Religiosas", en MARTÍN, M.<sup>a</sup> del M. (ed.): *Entidades eclesíásticas y Derecho de los Estados. Actas del II Simposio Internacional de Derecho Concordatario* (Almería, 9-11 de noviembre de 2005), Comares, Granada, 2006, pp. 455 y ss.

este hecho<sup>35</sup>. Por un lado, se contempla la modificación de estatutos y, por otro, el cambio de los representantes de la entidad.

### **I. La modificación de estatutos.**

El art. 12 del RD establece la obligación de comunicar al RER la modificación de estatutos de las entidades religiosas inscritas, estableciéndose para ello el plazo de 3 meses desde que se adoptó el acuerdo. Se trata de un plazo improrrogable y fatal, ya que transcurrido ese tiempo se establece que no se tramitarán las solicitudes de modificaciones. En estos casos será necesario que los órganos competentes de la entidad vuelvan a rehacer el proceso, para poder presentar la solicitud en plazo.

En cuanto al procedimiento, se establece que deberá presentarse una solicitud de inscripción en el plazo establecido. En dicha solicitud deberán constar los siguientes documentos:

- Documento público que contenga, bien el acta de la reunión, bien la certificación del acuerdo del órgano competente para adoptar dicha modificación. En todo caso, el documento deberá recoger el acuerdo adoptado por el que se modifican los estatutos, los artículos modificados, el quórum de asistencia cuando sea exigido por los estatutos, el resultado de la votación y la fecha de su aprobación.

- En las modificaciones de estatutos que afecten a los fines o al régimen de funcionamiento, órganos representativos y de gobierno de la entidad, será preciso aportar el texto íntegro de los nuevos estatutos en documento público que incluya las modificaciones aprobadas, haciendo constar, en diligencia extendida al final del documento, la relación de artículos modificados y la fecha del acuerdo en que se adoptó su modificación.

Cuando se trate de entidades menores pertenecientes a la Iglesia Católica, en las modificaciones de estatutos que afecten a los fines o al régimen de funcionamiento, órganos representativos y de gobierno de la entidad, conforme se indica en el art. 12.2 del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, será preciso aportar los siguientes documentos: a) Solicitud firmada por su representante legal en la que deberá constar el número registral de la entidad. b) Documento público que incluya el Decreto de aprobación de la modificación expedido por la Autoridad eclesiástica competente que contenga las modificaciones aprobadas, haciendo constar, en diligencia extendida al final del documento, la relación de artículos modificados y la fecha del acuerdo en que se adoptó su modificación.

35 Lo establecido en esta sección ya estaba previsto meses antes, mediante la Instrucción de 4 de junio de 2014, de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones, por la que se establecen determinados procedimientos en el Registro de Entidades Religiosas. BOE de 16 de junio de 2014. Para un comentario a la citada instrucción Vid. RAMÍREZ NAVALÓN, R. M<sup>º</sup>: "El derecho de libertad", cit., p. 213.

La competencia para resolver la solicitud de inscripción es del titular de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones y producirán los oportunos efectos legales desde el momento de su inscripción. También, en estos casos, se establece el silencio administrativo positivo si no se hubiera dictado y notificado resolución, en el transcurso de tres meses de la solicitud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La modificación de estatutos constituye así una inscripción modificativa de naturaleza constitutiva, no se trata de una mera comunicación al RER. De ahí que se exijan los mismos requisitos que para la inscripción inicial de la entidad<sup>36</sup>. La naturaleza constitutiva de la inscripción de las modificaciones estatutarias fue valorada por parte de la doctrina, en la legislación anterior, como una norma de difícil justificación legal ya que vulneraría el principio de autonomía establecido en el art. 6 de la LOLR. Condicionar la validez de los actos de autonomía a la inscripción registral constituye, en opinión de I. ALDANONDO, una constrictión al derecho de autonomía que no puede admitirse sin expresa habilitación legal, según la autora lo oportuno no es hacer constitutiva la inscripción de la modificación, sino dotar de inoponibilidad al acto entre tanto no se inscriba<sup>37</sup>.

Lo cierto es que es necesario salvaguardar la seguridad jurídica y que los procedimientos y datos requeridos por el RER se circunscriben a esa finalidad. Las modificaciones estatutarias en el seno de las federaciones, por ejemplo, pueden ser causa de graves conflictos por lo que establecer medidas que porten seguridad jurídica. Piénsese, por ejemplo, en la demanda planteada por la modificación de estatutos en el Comisión islámica de España, tras la modificación del art. 1 de los Acuerdos y la incorporación de nuevas entidades a la Federación<sup>38</sup>.

## 2. La modificación de los representantes legales.

El RD de 1981 no preveía nada al respecto pero unos meses antes de la aprobación del Real Decreto que comentamos, se regula este punto, concretamente mediante la Instrucción de 4 de junio de 2014<sup>39</sup> en la que se establecía la necesidad

36 Cfr. Art. 13. 1 RD.

37 Cfr. ALDANONDO, I.: "Nuevos movimientos religiosos y registro de entidades religiosas", *AFDUAM*, núm. 17, 2013, p. 388.

38 En el ATS de 17 de junio de 2103 aunque resuelve una cuestión de competencia, subyace el caso de la impugnación de la modificación de los estatutos de la comunidad islámica de España. Para un comentario de la misma :Vid. RAMÍREZ NAVALÓN, R, M<sup>a</sup>.: "Incidencia del factor religioso en la normativa y la jurisprudencia española de 2013", en BOSCH, J. (dir.): *Cuestiones actuales de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 231.

39 Instrucción de 4 de junio de 2014, de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones, por la que se establecen determinados procedimientos en el Registro de Entidades Religiosas. BOE de 16 de junio de 2014.

escritura pública donde constasen los datos de los nuevos representantes así como del acuerdo.

En el RD 594/2015 en el art. 14 y siguiendo lo establecido por la instrucción, se prevé que la solicitud de inscripción de dicha modificación deberá acompañarse del documento público que contenga bien el acta de la reunión, bien la certificación del acuerdo adoptado por el órgano competente en el que constaran los siguientes datos: a) Los nombres, apellidos, DNI o NIE y domicilio de los nombrados; b) La fecha del nombramiento y, en su caso, de la ratificación y aceptación por los titulares; c) La fecha de la revocación y del cese, en su caso, de los titulares salientes; d) Las firmas de los titulares y de los titulares salientes. Y si no pudieran o no quisieran firmar se hará constar esta circunstancia en el documento. El plazo establecido para su notificación e inscripción; ahora obligatoria en el RER, es también es de 3 meses.

La determinación de la representación legal de la entidad es relevante jurídicamente por lo que el Registro requerirá a la entidad para que determine las personas que deban ser inscritas como representantes legales de la misma, en caso de no especificar claramente a quienes corresponde la representación legal. Y en caso de controversia judicial sobre la determinación legítima del representante legal de una entidad religiosa, la impugnación se hará constar al margen de la inscripción.

En este sentido el art. 28 establece la anotación marginal de la impugnación judicial del nombramiento de los representantes legales de la entidad o por falsedad en el acta o en la certificación. En dichas anotaciones se harán constar los datos de referencia de los asuntos y diligencias que se sustancien, así como el carácter meramente informativo de la anotación. Dicha anotación será cancelada una vez se inscriban en el registro los asientos que fueran consecuencia de la resolución judicial.

En el caso de modificación de los representantes legales de las entidades menores de la Iglesia Católica, será aplicable lo establecido en el art. 14 del Real Decreto 594/2015, debiendo acompañar a la solicitud de inscripción, el certificado de la autoridad eclesiástica competente para aprobar o autorizar dicha modificación<sup>40</sup>.

## VI. ANOTACIONES DE MINISTROS Y LUGARES DE CULTO.

Con el RD 594/2015 se amplía la posibilidad prevista en los acuerdos de cooperación con la FCJE y CIE<sup>41</sup> sobre la anotación registral de los lugares y ministros de culto en el RER, a todas las entidades inscritas en dicho registro sin necesidad de que lo establezca ningún acuerdo.

40 Resolución de 23 de diciembre de 2015. Punto quinto, apartado cuarto.

41 La FEREDE no contempla en los acuerdos de cooperación la posibilidad de la anotación de sus lugares de culto.

## I. Anotación de los lugares de culto en el RER.

El art. 17 del RD prevé la anotación y cancelación en el RER de los lugares de culto y advierte que dicha anotación no conferirá personalidad jurídica propia al mismo. Se trata de una anotación con carácter voluntario para las entidades religiosas ya que la determinación de los mismos, forma parte de su autonomía (art.6 LOLR).

En efecto, si partimos del hecho de que en la LOLR se reconoce el derecho de las entidades religiosas al establecimiento de sus lugares de culto, se deduce, en primer lugar que la anotación de los mismos en el RER nunca podría haberse configurado con carácter de autorización<sup>42</sup>. No obstante, no hubiera sido descartable la posibilidad de que la inscripción o anotación de los lugares de culto en el RER fuera obligatoria en aras a la aplicación de un régimen jurídico diferenciado y propio de estos inmuebles, sin necesidad del establecimiento de acuerdos de cooperación. No ha sido así, por lo que la anotación en el RER de los lugares de culto por sí sólo no atribuye ningún estatuto jurídico especial.

Para practicar la anotación deberá solicitarse por se el representante de la entidad o persona debidamente autorizada que deberá aportar la siguiente documentación: a) Copia del título de disposición y, b) Certificado que acredite su condición de lugar de culto por su dedicación principal y permanente al culto y la asistencia religiosa, con la conformidad, en su caso, del órgano competente en España de la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa a la que pertenece.

Debemos destacar que a diferencia de lo que se establece en los acuerdos de Cooperación antes mencionados, para poder inscribir un lugar de culto en el RER, no se precisa que estos cumplan con el requisito de la exclusividad en la dedicación del lugar a las finalidades religiosas<sup>43</sup>. Como se comprueba, en el art. 17 del RD 594/2015, cuando se trata de entidades sin acuerdo, la norma solo requiere la acreditación de que la actividad de culto y asistencia religiosa sea con carácter

42 En este sentido la STS de 18 de junio de 1992, ROJ, STS 4895/1992.

43 En este sentido: art. 2 del Acuerdo de cooperación entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (Ley 24/1992, de 10 de noviembre):

“1. A todos los efectos, son lugares de culto de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE los edificios o locales que estén destinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto o asistencia religiosa islámica, cuando así se certifique por la Iglesia respectiva con la conformidad de la Comisión Permanente de la FEREDE”.

Art. 2 del Acuerdo de cooperación entre el Estado español y la Federación de Comunidades Judías de España (Ley 25/1992, de 10 de noviembre):

“1. A todos los efectos legales, son lugares de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Judías de España los edificios o locales destinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto, formación o asistencia religiosa islámica, cuando así se certifique por la Comunidad respectiva con la conformidad de la Secretaría General de la FCJE”.

Art. 2 del Acuerdo de cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 10 de noviembre):

“1. A todos los efectos legales, son Mezquitas o lugares de culto de las Comunidades islámicas pertenecientes a la ‘Comisión Islámica de España’, los edificios o locales destinados de forma exclusiva a la práctica habitual de la oración, formación o asistencia religiosa islámica, cuando así se certifique por la Comunidad respectiva, con la conformidad de dicha Comisión”.

principal y permanente (pero no necesariamente exclusivo). Esta diferencia estriba en que los efectos de la consideración de un local, como lugar de culto, a efectos registrales, no conllevan la aplicación de los beneficios o ventajas recogidas en los acuerdos de cooperación<sup>44</sup>.

La pregunta, por lo tanto, que deberíamos hacernos se refiere a las ventajas que aporta la anotación en el RER de los lugares de culto en el caso de entidades religiosas sin acuerdo de cooperación. La utilidad de la anotación de los lugares de culto en el RER se limita a los efectos probatorios, constituye un indicio de que en dicho lugar concurren las circunstancias de que el local está dedicado con carácter principal y permanente a las funciones de culto y asistencia religiosa. Piénsese en la relevancia de la consideración de lugar de culto en diversos sectores del ordenamiento jurídico: civil, penal, tributario, administrativo, registral que obliga a la certificación o demostración de dicha circunstancia.

Por otra parte, es evidente la importancia que tiene la anotación de los lugares de culto tras la aprobación del RD 593/2015<sup>45</sup> en el que se regula la adquisición de notorio arraigo, ya que en el art. 3.c del mismo uno de los criterios que se establecen para demostrar el arraigo es precisamente tener más de cien inscripciones o anotaciones entre entres inscribibles y lugares de culto, o un número menor cuando se trate de entidades o lugares de culto de especial relevancia por su actividad y número de miembros.

Evidentemente, la previsión de la posibilidad de anotación del lugar de culto en el RER conlleva la necesidad de establecer también la circunstancia de la cancelación de dicha anotación. En este sentido, el art. 17, 3 establece que la solicitud se deberá presentar por el representante legal de la entidad o persona debidamente autorizada acompañada del certificado que acredite su desafección como lugar de culto de dicha entidad.

La resolución sobre la anotación o cancelación de lugares de culto se dictará por el titular de la Subdirección General de Relaciones con las Confesiones. Transcurrido el plazo de tres meses a partir de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los Registros del Ministerio de Justicia, si no se hubiese dictado y

---

44 Los respectivos art. 2 de los Acuerdos de cooperación con la FEREDE, la FCJE y la CIE establecen que los lugares de culto de las Iglesias pertenecientes a las mismas gozan de inviolabilidad en los términos establecidos por las Leyes. Además, en caso de expropiación forzosa deberá ser oída previamente la el órgano superior en España de las respectivas Comunidades, salvo razones de urgencia, seguridad y defensa nacionales o graves de orden o seguridad públicos. Por otra parte, se establecen beneficios fiscales que tampoco se aplicarán si no existe acuerdo (art. 11 de los respectivos Acuerdos).

4. Los lugares de culto de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE no podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter religioso, con excepción de los casos previstos en las Leyes, por razones de urgencia o peligro”

45 BOE de 3 de julio de 2015.

notificado resolución, se entenderá estimada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

## 2. Anotación de la condición de ministro de culto.

De forma semejante a la posibilidad de anotación de los lugares de culto se establece la posibilidad de la anotación en el RER de los ministros de culto y la necesidad cuando éstos lleven a cabo actos religiosos con efectos civiles.

Hasta la aprobación del RD solo se preveía esta posibilidad en los acuerdos de cooperación con los judíos<sup>46</sup>. Actualmente, cualquier entidad religiosa puede anotar en el RER a las personas que ostenten la condición de ministro de culto. La determinación de los mismos, forma parte del derecho de autonomía en la organización y nombramiento de su personal y para poder ser anotados como tales en el RER deben tener acreditada su residencia legal en España.

El RD establece dos sistemas uno facultativo y otro obligatorio. Será obligatoria la anotación de los ministros de culto cuando éstos estén habilitados para realizar actos religiosos con efectos civiles. ¿Cuáles son los actos religiosos con efectos civiles? El ejemplo más claro es el de la celebración de matrimonio. Se trata de un acto religioso que puede tener eficacia civil, si así está previsto por los acuerdos con las confesiones religiosas o mediante ley unilateral del Estado. Actualmente, y tras la aprobación de la ley de la jurisdicción voluntaria<sup>47</sup> los ministros de culto con competencia para asistir a los matrimonios religiosos con eficacia civil son, además de los que ya estaban contemplados en los respectivos acuerdos con la Iglesia Católica, protestantes, judíos y musulmanes, los de las entidades que tienen reconocido notorio arraigo en España, aunque no tengan acuerdos. En este último caso se encuentran los testigos de Jehová, mormones, budistas y ortodoxos<sup>48</sup>.

La anotación de los ministros de culto de forma obligatoria en estos casos salvaguarda la seguridad jurídica respecto a la validez de los futuros matrimonios por ellos celebrados. Se plantea la pregunta respecto de si será necesario anotar los ministros de culto de la Iglesia Católica. En principio no hay en el RD que comentamos ninguna exclusión al respecto. No obstante en opinión de Mantecón en estos casos la anotación de los sacerdotes católicos está excluida de la obligación

46 Art. 3.1 del acuerdo con FCJE "A todos los efectos legales son ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España las personas físicas que, hallándose en posesión de la titulación de Rabino, desempeñen sus funciones religiosas con carácter estable y permanente y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan, con el visado de la Secretaría General de la FCI. Esta certificación de la FCI podrá ser incorporada al Registro de Entidades Religiosas".

47 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Vid. Disposición Transitoria quinta.

48 El reconocimiento de notorio arraigo por la Comisión Asesora de Libertad Religiosa fue en el año 2003 a la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, a los Testigos Cristianos de Jehová en el 2006, a la Federación de Entidades Budistas de España en el 2007 y, finalmente, a la Iglesia Ortodoxa en 2010.

prevista en el RD ya que esta obligación es para las entidades inscritas y la Iglesia Católica se rige en este tema por el Acuerdo Jurídico de 3 de enero de 1979, en donde no se prevé esta obligación.

El sistema facultativo de la anotación de los ministros de culto está previsto para que cualquier entidad religiosa inscrita pueda realizar esta anotación con el fin de garantizar el cumplimiento a efectos civiles del estatuto jurídico propio de las personas que ostentan esta condición. La condición de ministro de culto es relevante en el ámbito civil, procedimiento judicial o en el ámbito penal<sup>49</sup>. Ciertamente, aunque no conste la anotación en el RER, entendemos que la certificación acreditativa de tal condición siempre es competencia de la entidad religiosa, la anotación en el RER, sólo vendría a reforzar dicha certificación confesional.

De hecho para poder llevar a cabo la anotación se requiere certificación de la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa a que pertenezcan que acredite tal condición y, si lo hubiere, el visto bueno del órgano supremo en España de la entidad conforme a sus propias normas. En el caso de que se trate de entidades integradas en una Federación inscrita, será necesario también el visto bueno del órgano competente de la respectiva Federación cuando así se disponga en sus estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación con el Estado respecto de las entidades o Federaciones firmantes de los mismos. La certificación registral de la anotación del ministro de culto será prueba suficiente para acreditar dicha cualidad. El certificado tendrá una vigencia de dos años pudiendo ser renovado por iguales periodos.

Finalmente, y con el fin de mantener el registro con los datos reales, las entidades deberán comunicar al Registro las bajas de sus ministros de culto y solicitar su cancelación en el plazo de un mes desde que la baja tuvo lugar. Corresponde al titular de la Subdirección General de Relaciones con las Confesiones resolver sobre la anotación y cancelación de ministros de culto, estableciéndose aquí también el silencio positivo si en el plazo de tres meses no hubiese respuesta por parte de la administración.

## VII. CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN.

El actual RD contempla los mismos supuestos de cancelación de las inscripciones que la normativa anterior; es decir: que se lleve a cabo a petición de sus representantes legales debidamente facultados o en cumplimiento de sentencia judicial firme.

49 Vid. Entre otros: RAMÍREZ NAVALÓN, R. M<sup>º</sup>: "Los ministros de culto", en *Acuerdos del estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, 1994, pp. 135-158; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M.: *Los Ministros de Culto en el Ordenamiento Jurídico Español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Se desestima así la posibilidad recurrir a la cancelación de oficio los asientos o a la llamada caducidad registral transcurrido un determinado plazo que permitiría terminar con el problema de las entidades extintas o desaparecidas que no hubieran sido canceladas de las formas previstas en la norma. Los problemas de legalidad que podría conllevar de la caducidad registral han pesado más que la conveniencia de articular un mecanismo efectivo de adecuación del registro a la realidad. El mecanismo que existe es la declaración de funcionamiento, establecida art. 29 pero que como comentamos, sólo conlleva la anotación marginal de falta de presentación de la misma.

En cuanto al procedimiento de cancelación, el art. 19 establece que la solicitud debe presentarse en el plazo de tres meses desde que se haya producido la causa que determine la disolución de la entidad y deberá dirigirse la solicitud de cancelación de su inscripción al Registro de Entidades Religiosas.

La solicitud de cancelación, en la que deberá constar el número registral de la entidad, deberá acompañarse de los documentos siguientes: a) Si la disolución es consecuencia de la decisión de los miembros de la entidad adoptada por el órgano competente según sus estatutos, documento público que contenga bien el acta de la reunión, bien el certificado de aquélla expedido por las personas o cargos con facultad para certificar, en que conste la fecha en la que se ha adoptado, el quórum de asistencia y el resultado de la votación. b) Si la disolución ha tenido lugar por sentencia judicial firme, testimonio de la resolución judicial por la que se dicta la disolución de la entidad.

Examinada la solicitud, el Ministro de Justicia dictará la resolución procedente. Transcurrido el plazo de tres meses a partir de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los Registros del Ministerio de Justicia, si no se hubiese dictado y notificado resolución, se entenderá estimada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La cancelación producirá efectos desde la fecha de su resolución y dará lugar al traslado de la entidad a la Sección Histórica del Registro<sup>50</sup>.

50 En el caso de las entidades menores de la Iglesia Católica la Resolución de 23 de diciembre de 2015 establece que en las solicitudes de cancelación, será preciso aportar los siguientes documentos: a) Solicitud firmada por su representante legal, en la que conste el número registral de la entidad. b) Documento público que acredite la supresión de la entidad, recogiendo la decisión del órgano competente de la entidad y aportando el Decreto expedido por la Autoridad eclesiástica competente acreditativo de la cancelación, indicando la fecha en la que se produjo. Si la disolución ha tenido lugar por sentencia judicial firme, será necesario aportar, por la Autoridad correspondiente, testimonio de la resolución judicial por la que se dicta la disolución de la entidad.

## BIBLIOGRAFÍA

ALDANONDO, I.: "El Registro de Entidades Religiosas (algunas observaciones críticas sobre su problemática registral)", *Anuario de Derecho Eclesiástico Estado*, VII, 1991, pp. 13-47.

ALENDA SALINAS, M.: "El Registro de Entidades Religiosas. La praxis administrativa tras la STC 46/2001", *Iustel*, Madrid, 2009.

CAMARASA CARRILLO, J.: *La personalidad jurídica de las entidades religiosas en España*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

CATALÁ RUBIO, S.: *El derecho a la personalidad jurídica de las entidades religiosas*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004.

FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: "Reflexiones en torno a la función del Registro de Entidades Religiosas (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2007 sobre inscripción de la Iglesia de la Scientology)", *Laicidad y Libertades*, núm. 7, 2007, pp. 389-403.

GARCÍA GARCÍA, R.: "La necesaria reforma del Registro de Entidades Religiosas", en: AA.VV., MARTÍN, M<sup>a</sup>. DEL M. (ed.): *Entidades eclesiásticas y Derecho de los Estados*, Comares, Granada, 2006, pp. 443-460.

GARCIMARTÍN MONTERO, C.: *La personalidad jurídica civil de los entes eclesiásticos*, Cedecs, Barcelona, 2000.

HERRERA CEBALLOS E.:

- "Dos proyectos de reforma del Registro de Entidades Religiosas. Aproximación crítica", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 29, 2013, pp. 415-416 y 428.

- *El Registro de Entidades Religiosas. Estudio global y sistemático*, Eunsa, Pamplona, 2012.

- "Hacia la construcción de un registro fiel reflejo de la realidad. La reforma del registro de entidades religiosas, en *Revista de Derecho Eclesiástico del Estado*", *Iustel*, núm. 35, 2015.

LOMBARDÍA, P.: "La personalidad de los entes eclesiásticos", en GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, J., y CORRAL, C. (eds.): *Iglesia y Estado en España. Régimen jurídico de sus relaciones*, Ediciones Rioduero, Madrid, 1980, pp. 101-127.

LÓPEZ ALARCÓN, M.: "Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de las entidades religiosas católicas", *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, pp. 335-365.

LÓPEZ ALARCÓN, M.: "Confesiones y entidades religiosas", *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Eunsa, 6ª edición, Pamplona, 2007, pp. 179-206.

LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.:

- *El control estatal de las entidades religiosas a través de los registros. Estudio histórico-jurídico*, Universidad de Jaén, Jaén, 2003.

- "La cuestión de la reforma del RER: examen de las propuestas reglamentarias de 2003 y 2004", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, núm. 19, 2009.

LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.: "La naturaleza confesional de la entidad solicitante como criterio para denegar la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. Comentario a la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2004", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 6, 2004.

MANTECÓN J., "Breve nota sobre el nuevo Real Decreto del Registro de entidades religiosas", *Ius Canonicum*, vol. 55, 2015, pp. 795-811.

MOTILLA, A.: *Sectas y Derecho en España*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990.

MOTILLA, A.:

- "El reconocimiento estatal de las confesiones. El Registro de Entidades Religiosas", en ÁLVAREZ-CORTINA, A. C., y RODRÍGUEZ BLANCO, M. (coords.): *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa* (Comentarios a su articulado), Comares, Granada, 2006, pp. 144-175.

- "Sobre la inscripción de la Iglesia de la Cienciología en el Registro de Entidades Religiosas (a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2007)", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 16, 2008.

OLMOS ORTEGA, Mª. E.: "El Registro de Entidades Religiosas", *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 45, 1988, pp. 97-121.

PRIETO SANCHÍS, L.: "Posición jurídica de las asociaciones religiosas en el Derecho Español", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 4, 1988, pp. 433-462.

RAMÍREZ NAVALÓN, R. M<sup>a</sup>.:

- "El derecho de libertad religiosa a la luz de las recientes disposiciones legislativas y de la jurisprudencia", en AA.VV., BOSCH, J. (coord.): *Cuestiones actuales de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* Actas de las XXXIV Jornadas de Actualidad Canónica, organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 23-25 de abril de 2014, Dykinson, Madrid, 2015.

- "Incidencia del factor religioso en la normativa y la jurisprudencia española de 2013", en BOSCH, J. (dir): *Cuestiones actuales de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Dykinson, Madrid, 2014.

RODRÍGUEZ BLANCO, M.:

- "El Registro de Entidades Religiosas en la doctrina española", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 24, 2008, pp. 839-864.

- "Libertad religiosa y Registro de Entidades Religiosas (a propósito de la STC 46/2001)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2003, pp. 337-354.



LA INSCRIPCIÓN DE LAS PAREJAS ESTABLES  
ESPAÑOLAS: LA NECESIDAD DE UN REGISTRO ÚNICO  
EN CADA COMUNIDAD AUTÓNOMA

SPANISH STABLE COUPLE'S INSCRIPTION: THE  
OBLIGATION OF AN UNIQUE REGISTER IN EACH  
AUTONOMOUS COMMUNITY

*Rev. boliv. de derecho* n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 64-79



Roldán  
JIMENO  
ARANGUREN

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 8 de enero de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** El presente trabajo examina los problemas generados por la diversidad de formas registrales de las parejas estables en España, atendiendo, de manera singular, al caso de Navarra, para concluir la necesidad de que exista un registro único en cada Comunidad Autónoma.

**PALABRAS CLAVE:** Parejas estables. España. Navarra. Registro. Legislación. Doctrina.

**ABSTRACT:** This paper examines the problems generated by the numerous ways of inscribing stable couples in Spain, focusing on Navarre's example, to conclude that it is necessary to have a unique register in each Autonomous Community.

**KEY WORDS:** Stable couples, Spain, Navarre. Register. Legislation. Doctrine.

**SUMARIO.-** I. Las inscripciones de las parejas de hecho. II. Un ejemplo problemático: el caso de Navarra. 1. Las diferentes formas de inscripción. 2. Los problemas generados por la multiplicidad de formas registrales municipales de parejas. 3. El Registro fiscal de parejas estables. III. Reflexión final: la necesidad de un Registro único.

---

## I. LAS INSCRIPCIONES DE LAS PAREJAS DE HECHO.

La unión de hecho o convivencia *more uxorio* ha existido siempre en la historia, gozando de plena legalidad hasta el Concilio de Trento y siendo prohibida y perseguida después<sup>1</sup>, hasta su despenalización en diversos momentos de la contemporaneidad, dependiendo del signo político de cada momento. Históricamente estas uniones no fueron objeto de inscripción registral alguna.

Las parejas estables no matrimoniales fueron tenidas en cuenta por la Constitución española, cuyo art. 149.1.8º reservó la competencia de su regulación a las comunidades autónomas. Este desarrollo legislativo, sin embargo, tardó una veintena de años en realizarse. Entre tanto, el número de parejas de hecho fue incrementándose cada vez más en España –como en el conjunto de Europa, hecha salvedad de Portugal y Grecia– conforme avanzaron los años ochenta, y alcanzó porcentajes de cierta relevancia a partir de los noventa: en 1995 los hijos nacidos fuera del matrimonio eran el 11,09 %, incrementándose al 16,30 % en 1999<sup>2</sup>. Estas parejas carecían de una regulación legal, pues ni la Constitución recogía entre sus principios la protección de la familia ni las contemplaba el Código civil, problemática que ya señaló la doctrina de mediados de los años ochenta<sup>3</sup>.

La legislación civil española comenzó a reconocer estas parejas en 1987, cuando la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se

- 
- 1 JIMENO ARANGUREN, R., *Matrimonio y otras uniones afines en el Derecho histórico navarro (siglos VIII-XVIII)*, Madrid: Dykinson, 2015.
  - 2 Cifras en las que también se incluyen las familias monoparentales. Vid. *IBIDEM*, p. 114.
  - 3 GITRAMA GONZALEZ, M., “Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada”, *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1984, pp. 209-248; ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extra-matrimoniales en el Derecho civil español*, Madrid: Civitas, 1986.

### • Roldán Jimeno Aranguren

Profesor Titular de Historia del Derecho de la Universidad Pública de Navarra. Licenciado en Derecho por la UNED, Licenciado en Historia por la Universidad de Navarra con Premio Extraordinario y Tercer Premio Nacional Fin de Carrera, Doctor en Historia por la misma Universidad, Doctor en Filosofía y Ciencias de la Educación por la UPV/EHU, y Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto. Autor de una docena de libros, posee más de cuarenta artículos en revistas especializadas y colaboraciones en obras colectivas. Es director de la Fundación de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia (FEDHAV) y coordinador de Iura Vasconiae. Revista de Derecho histórico y Autonómico de Vasconia. roldan.jimeno@unavarra.es

modificaron determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, señalaba expresamente que "Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor será también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal". Años después, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos volvió a reconocer las parejas de hecho en sus artículos 12, 15 y 16. Por entonces comenzó a dictarse jurisprudencia sobre las parejas estables, no siempre en el mismo sentido, pues hubo sentencias que subrayaron el carácter diferenciado y no asimilable de estas uniones a la institución matrimonial, y otras admitieron, por ejemplo, la extensión del artículo 96.3 del Código civil a las parejas de hecho<sup>4</sup>. La doctrina, generalmente crítica, se hizo cada vez más abundante cuando el legislador pretendió regular estas uniones, dando muestras de incapacidad de dar solución a la falta de formalidades que las caracterizaba a estas uniones<sup>5</sup>. Uno de los aspectos en los que se incidió fue el del registro de las parejas estables.

La doctrina sobre la inscripción de las uniones de hecho no logró que las soluciones adoptadas por las diferentes leyes autonómicas sobre parejas estables del Estado español fueran similares, pues cada Autonomía ha regulado los requisitos para su inscripción en registral de manera distinta. Huelga decir la importancia que tiene conocer, dependiendo del lugar de residencia, el Registro concreto y el

4 Destacamos Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1992, 18 de febrero de 1993, 20 de octubre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 16 de diciembre de 1996, 10 de marzo de 1998.

5 Entre la abundante bibliografía producida a partir de 1987, obviando la manualística, destacamos los trabajos de TORRES LANA, J. Á., "Relaciones patrimoniales a la conclusión de la convivencia more uxorio", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolet*, vol. V, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España-Consejo General del Notariado, 1988; "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", *Aranzadi Civil* (1993), pp. 9-23; LACRUZ BERDEJO, J. L., "Convivencia more uxorio: estipulaciones y presunciones", *Centenario del Código Civil*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, vol. 1, pp. 1061-1069; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., "La unión paramatrimonial y la vivienda familiar", *Revista General del Derecho*, 584 (1993), pp. 4243-4299; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Centro de Estudios Registrales, 1995; BAYOD LÓPEZ, M<sup>a</sup> C., "Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 71, núm. 626 (1995), pp. 129-153; REINA, V. y MARTINELL, J. M<sup>a</sup>, *Las uniones matrimoniales de hecho*, Madrid: Marcial Pons, 1996; AGÜERO DE JUAN, A., "El fenómeno social y jurídico de las uniones de hecho", R. Herrera Campos (coord.), *Parejas de hecho. Curso de Verano de la Universidad Complutense en Almería*, Granada: Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1996, pp. 11-36; LLEDÓ YAGÜE, F., "Los matrimonios de hecho contra el derecho y el sentido común del legislador", *Revista del Poder Judicial*, 45 (1997), pp. 339-388; GONZÁLEZ POVEDA, P., "Formas de regulación de las uniones de hecho: proyectos legislativos. Pactos entre convivientes, validez y eficacia", *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 1998, pp. 497-531; POLO SABAU, J. R., "La equiparación al matrimonio de las uniones de hecho. Paradojas y contrasentidos desde una perspectiva jurídica", *Ibidem*, pp. 415-427; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Manual de Parejas estables no casadas*, Zaragoza: Librería General, 1999; PÉREZ VALLEJO, A. M<sup>a</sup>, *Autorregulación en la convivencia de hecho*, Almería: Universidad de Almería, 1999; GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., "¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?", *Revista Jurídica del Notariado*, 32 (1999), pp. 199-355; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Diagnóstico sobre el derecho de familia: análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del derecho de familia*, Madrid: Rialp, 1996; "Uniones no matrimoniales y Derecho", *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, 12 (1996), pp. 313-360; "Notas críticas sobre la Ley relativa de parejas estables casadas", *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2 (1999), pp. 20-25; "Las uniones de hecho: Derecho aplicable (I)", *Actualidad civil*, 4 (1999), pp. 1095-1110; "Acuerdos entre convivientes more uxorio", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 40 (2000), pp. 205-249. Reed. *Revista de Derecho Privado*, 85-11 (noviembre 2001), pp. 841-874; "Las nuevas fronteras del Derecho de Familia: una aproximación de Derecho español", *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, 2002, vol. 1, pp. 607-620.

procedimiento a seguir marcado por la normativa de la Comunidad correspondiente que puede ser, en cuanto a requisitos exigidos, derechos y obligaciones reconocidos, muy diferentes a los de otras.

Contemplan un registro único las siguientes Comunidades Autónomas:

-Cataluña. Ley 10/1998, de 15 de julio de Uniones estables de parejas. Con una amplia casuística.

-Aragón. Decreto 203/1999, de 2 noviembre, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas estables no casadas. Orden de 22 de noviembre de 1999, del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, por el que se regula el fichero automatizado relativo a parejas estables no casadas. Y Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Código de Derecho Foral de Aragón (arts. 303 a 315). Existe un único Registro de parejas de hecho de Aragón (Dirección General de Familia. Departamento de Servicios Sociales y Familia. C/ de las Torres, 73. 50008. Zaragoza).

-Castilla la Mancha. Decreto 124/2000, de 11 de julio, que regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Los Registros de parejas de hecho de Castilla La Mancha se encuentran en la Consejería de Administraciones Públicas (Avda. de Portugal, s/n. Toledo), y en todas las Oficinas de Información y Registro de Castilla-La Mancha.

-Valencia. Ley 1/2001, de 6 de abril, de regulación de las Uniones de Hecho. Y Decreto 61/2002, de 23 de abril, de aprobación del Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2001, por la que se regulan las Uniones de Hecho. Los Registros de parejas de hecho de la Comunidad Valenciana son el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de Valencia (C/ Bailía, 1 46003 Valencia), el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de Castellón de la Plana (C/ Mayor, 78. Casa dels Caragols. 12001 Castelló de la Plana), y el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de Alicante (Rambla Méndez Núñez, 41. 03001. Alicante).

-Madrid. Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. Y Decreto 134/2002, de 18 de julio, de aprobación del Reglamento del Registro de Uniones de Hecho. El Registro de parejas de hecho de Madrid se encuentra en la Secretaría General Técnica de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas (C/ Gran Vía, 18. 28071. Madrid).

-Castilla-León. Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla-León. Son Registros de parejas de hecho

de Castilla León la Dirección General de la Familia de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades (C/ Las Mieses, 26. 47009. Valladolid) y todas las Delegaciones Territoriales de Castilla-León.

-Baleares. Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables. Y Decreto 112/2002, de 30 de agosto, de creación de un Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares. El Registro de parejas de hecho de Baleares se encuentra en la Dirección General de Menores y Familia (C/ Sant Joan de la Salle, 7. 07003. Palma de Mallorca).

-Asturias. Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables. Y Decreto 71/1994, de 29 de septiembre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho. El Registro de parejas de hecho de Asturias se localiza en el Edificio Buenavista (C/ Eduardo Herrero "Herrerita", s/n, 2ª planta. Oviedo).

-Andalucía. Ley 5/2002, de 16 de diciembre de Parejas de Hecho. Y Decreto 35/2005 de 15 de febrero por el que se constituye y regula el Registro de Parejas de Hecho. Los Registros de parejas de hecho de Andalucía se encuentran en la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social (Avda. de Hytasa, 14. 41071 Sevilla), en la Delegación Provincial para la Igualdad y Bienestar Social de cada provincia, y en los Ayuntamientos.

-Canarias. Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Parejas de hecho en Canarias. Y Decreto 60/2004, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de hecho en Canarias. Existen dos Registros de parejas de hecho en el archipiélago canario: la Dirección General de Administración Territorial y Gobernación (Avda. José Manuel Guimerá, 10. 38071 Santa Cruz de Tenerife), y la Dirección General de Administración Territorial y Gobernación (C/ Prof. Agustín Millares Carlo, 22. 35071. Las Palmas de Gran Canaria).

-Extremadura. Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de hecho en Extremadura. Y Decreto 35/1997, de 18 de marzo, de creación del Registro de Uniones de Hecho. El Registro de parejas de hecho de Extremadura se encuentra en la Dirección General de Infancia y Familia (Avda. Reina Sofía, s/n. 06800 Mérida).

-País Vasco. Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho. Y Decreto 124/2004, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho. Los Registros de parejas de hecho de País Vasco radican en las tres Delegaciones Territoriales del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales (C/ Samaniego, 2-1º. 01008. Vitoria-Gasteiz; C/ Gran Vía, 85. 48011 Bilbao; y C/ Andía, 13. 20003 San Sebastián).

-Cantabria. Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo de Parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria. El Registro de parejas de hecho de Cantabria

está en la Consejería de Relaciones Institucionales y Asuntos Europeos (C/ Castelar, 5. 39004. Santander).

-Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. Decreto 146/2014 de 13 de noviembre, que reformó el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. El Registro de parejas de hecho de Galicia se encuentra en la Dirección Xeral de Xustiza de la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas e Xustiza (Praza de Europa. Polígono de Fontiñas. 15703. Santiago de Compostela).

Sin embargo, Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables), Murcia y La Rioja –estas dos últimas carecen de legislación reguladora–, tienen un sistema caracterizado por la diversidad registral, generador de múltiples problemas, que a continuación iremos identificando. Observaremos esta realidad a través del ejemplo de Navarra.

## II. UN EJEMPLO PROBLEMÁTICO: EL CASO DE NAVARRA.

### I. Las diferentes formas de inscripción.

A pesar de que la Ley Foral navarra prevé la inscripción notarial de las parejas de hecho, apenas se realizan inscripciones por esta vía, debido al coste económico que implica, frente a la gratuidad de la inscripción municipal.

La Disposición Adicional Única de la Ley Foral 6/2000 indicaba que “El Gobierno de Navarra y los Ayuntamientos podrán crear Registros de Parejas Estables para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución”, y un supuesto que todavía no se ha producido: “Si la legislación del Estado previera la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente Ley Foral, los efectos que ésta les otorgara han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban en el mismo”.

Buena parte de los ayuntamientos navarros fueron creando desde el año 2000 los correspondientes registros de carácter administrativo para la inscripción de uniones no matrimoniales de convivencia, así como su terminación.

2. Los problemas generados por la multiplicidad de formas registrales municipales de parejas

La doctrina, que ha analizado críticamente la Ley Foral 6/2000, apenas se ha detenido en los problemas generados por la multiplicidad de formas registrales municipales de parejas, más allá de apuntar su gran inseguridad jurídica, pues no

garantiza el cumplimiento de todos los requisitos personales para constituirse en pareja estable al registrarse, caso, por ejemplo, de no consignar la condición de separado –que no de divorciado legalmente– de alguno de los inscritos, lo que incumpliría estos requisitos y complicaría la reclamación de pensiones o prestaciones de la Seguridad Social<sup>6</sup>.

Añádase a ello, como apunta Elsa Sabater, que los requisitos del empadronamiento o la inscripción en algún registro de parejas estables creados al efecto los Ayuntamientos navarros no tienen carácter constitutivo, aunque ciertas normas estatales y también algunos Convenios Colectivos de Empresa, los exijan para reconocer determinados derechos –principalmente derechos sociales– a las parejas<sup>7</sup>.

Otro problema de índole práctico es la inexistencia de una relación de municipios que poseen registros de parejas estables no casadas, de ahí que hayamos de acudir al *Boletín Oficial de Navarra* para conocer la nómina de municipios que cuentan con las Ordenanzas reguladoras. Sorprendentemente, estos registros no poseen una forma unitaria, pues en algunos casos son Ordenanzas reguladoras de las parejas estables y, en otros, Ordenanzas reguladoras de creación de ficheros de datos de carácter personal, entre los que incluyen los relativos a la inscripción de las parejas estables. A ello habremos de algunos casos específicos en los que los Ayuntamientos poseen un

6 Cfr., entre los trabajos más relevantes, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 6/2000, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 52, núm. 2 (2000), pp. 620-694; ARREGUI GIL, J., “Adendum. Sobre la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables”, M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil Compilaciones forales. Tomo XXXVII, vol. 2º. Leyes 253 a 345 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Madrid: EDESA, 2001, pp. 1623-1645; GAVIRIA SÁNCHEZ, J.V., “Las uniones libres en la Ley Foral navarra de Parejas Estables”, *Actualidad Civil*, 2 (2001), pp. 605-643; GOÑI URRIZA, N., “La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, A. Luis Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (dirs.), *Mundialización y familia*, Madrid: Colex, 2001, pp. 375-385; NANCLARES VALLE, J., “La adopción por parejas homosexuales en derecho navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio”, *Aranzadi Civil*, 8 (2001), pp. 15-57; QUIJADA LINARES, J. y GUTIÉRREZ ALONSO, J.J., “La Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables: hacia un nuevo modelo de familia y adopción”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 5 (2002), pp. 573-596; CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.J., “La ley foral navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *Revista Jurídica del Notariado*, 47 (2003), pp. 65-83; SABATER BAYLE, E., “Ley Foral 6/2000, de 3 de junio, para la igualdad de las parejas estables, en el Derecho de Navarra: problemas planteados”, *Anales de Derecho. Huarte de San Juan*, 5 (2004), pp. 193-216; “Derecho de Familia”, en SABATER BAYLE, E. y CILVETI GUBIA, M<sup>a</sup> B., *Derecho civil navarro. II. Derecho de Familia. Donaciones y Sucesiones*, Madrid: Marcial Pons, 2014, pp. 155-170; “Autonomía de la voluntad y parejas estables. Algunas reflexiones sobre la reciente doctrina constitucional”, *La Ley. Derecho de familia*, 5 (enero de 2015), pp. 24-35; IRIARTE ÁNGEL, J. L., “Parejas de hecho, Constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad 228-2003”, M. Vargas Gómez-Urrutia y A. Salinas de Frías (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005, vol. 2, pp. 721-731; “Parejas de hecho, Constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2003 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000)”, *Boletín Jado*, XII, 24 (2013), pp. 169-183; EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> Á., “Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/2003, de 23 de abril de 2013”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 5 (septiembre 2013), pp. 75-115.

7 En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, sala de lo Social, secc. 1ª, de 21 de julio de 2011, que denegó una pensión de viudedad por varias razones, insistió en que el empadronamiento determina tan solo una presunción *iuris tantum* de convivencia. Sin embargo, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona de 6 abril 2009 (AS 2009/1007) consideró que a los efectos de probar la convivencia para solicitar la pensión de viudedad, bastaba con el empadronamiento, aunque no se hubiera producido la inscripción en registros de parejas estables. SABATER BAYLE, E., “Derecho de Familia”, en SABATER BAYLE, E. y CILVETI GUBIA, M<sup>a</sup> B., *Derecho civil navarro. II. Derecho de Familia. Donaciones y Sucesiones*, Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 157.

Registro de uniones civiles que está regulado por sendas ordenanzas que no están publicadas en el *Boletín Oficial de Navarra*.

Procedamos a reconstruir el mapa registral navarro comenzando por las Ordenanzas reguladoras de las parejas estables. En el año 2000 únicamente se aprobaron las Ordenanzas de Pamplona (6 de octubre)<sup>8</sup>, seguidas por las de otros 16 municipios al año siguiente: Obanos, Tudela, Orkoien, Baztan, Noáin-Valle de Elorz, Ansoáin, Fontellas, Uharte-Arakil, Azagra, Buñuel, Aoiz, Jaurrieta, Abárzuza, Puente la Reina/Gares, Cendea de Iza y Bera)<sup>9</sup>. En el año 2002 se elevó la cifra a 28 municipios (Miranda de Arga, Erroibar/Valle de Erro, Mendavia, Cáseda, Ituren, Villatuerta, Muruzábal, Araitz, Aibar, Iturmendi, Irurtzun, San Martín de Unx, Andosilla, Huarte, Caparroso, Murchante, Imotz, Cortes, Marcilla, Urraúl Bajo, Beriáin, Leoz, Doneztebe/Santesteban, Los Arcos, Egüés, Milagro, Olza y Ezcabarte)<sup>10</sup>, que descendió a 17 en 2003 (Úcar, Funes, Goizueta, Añorbe, Olazti/Olazagutía, Cendea de Galar, Etxauri, Lesaka, Falces, Pitillas, Peralta, Lezáun, Lakuntza, Arano, Odieta, Elgorriaga y Murillo el Cuende)<sup>11</sup>.

Las Ordenanzas de los 31 municipios aprobadas en 2004 fueron las de Artajona, Villafranca, Urzainqui, Sesma, Allín, Gallipienzo, Arguedas, Sangüesa, Biurrun-Olcoz, Enériz, Areso, Valle de Yerri/Deierri, Olo, Metauten, Mañeru, Sunbilla, Garinoain, Morentin, Echarri, Sartaguda, Fustiñana, Aberin, Pueyo, Arellano, Arantz, Arce/Artzi, Murieta, Olóriz, Bertizarana, Igantzi y Allo<sup>12</sup>. Un total de 19 municipios se dotaron de

8 BON, núm. 121, de 6 de octubre de 2000.

9 Obanos (BON, núm. 64, de 25 de mayo de 2001), Tudela (BON, núm. 65, de 28 de mayo), Orkoien (BON, núm. 74, de 18 de junio), Baztan (BON, núm. 78, de 27 de junio), Noáin-Valle de Elorz (BON, núm. 78, de 27 de junio), Ansoáin (BON, núm. 81, de 4 de julio), Fontellas (BON, núm. 91, de 27 de julio), Uharte-Arakil (BON, núm. 115, de 21 de septiembre), Azagra (BON, núm. 121, de 5 de octubre), Buñuel (BON, núm. 121, de 5 de octubre), Aoiz (BON, núm. 127, de 19 de octubre), Jaurrieta (BON, núm. 132, de 31 de octubre), Abárzuza (BON, núm. 147, de 5 de diciembre), Puente la Reina/Gares (BON, núm. 150, de 12 de diciembre), Cendea de Iza (BON, núm. 153, de 19 de diciembre).

10 Miranda de Arga (BON, núm. 11, de 25 de enero de 2002), Erroibar/Valle de Erro (BON, núm. 18, de 11 de febrero), Mendavia (BON, núm. 26, de 1 de marzo), Cáseda (BON, núm. 30, de 8 de marzo), Ituren (BON, núm. 32, de 13 de marzo), Villatuerta (BON, núm. 40, de 1 de abril), Muruzábal (BON, núm. 44, de 10 de abril), Araitz (BON, núm. 47, de 17 de abril), Aibar (BON, núm. 61, de 20 de mayo), Iturmendi (BON, núm. 62, de 22 de mayo), Irurtzun (BON, núm. 63, de 24 de mayo), San Martín de Unx (BON, núm. 82, de 8 de julio), Andosilla (BON, núm. 83, de 10 de julio), Huarte (BON, núm. 86, de 17 de julio), Caparroso (BON, núm. 98, de 14 de agosto), Murchante (BON, núm. 105, de 30 de agosto), Imotz (BON, núm. 106, de 2 de septiembre), Cortes (BON, núm. 113, de 18 de septiembre), Marcilla (BON, núm. 119, de 2 de octubre), Urraúl Bajo (BON, núm. 126, de 18 de octubre), Beriáin (BON, núm. 134, de 6 de noviembre), Leoz (BON, núm. 145, de 2 de diciembre), Doneztebe/Santesteban (BON, núm. 145, de 2 de diciembre), Los Arcos (BON, núm. 154, de 23 de diciembre), Egüés (BON, núm. 156, de 27 de diciembre), Milagro (BON, núm. 157, de 30 de diciembre), Olza (BON, núm. 157, de 30 de diciembre), y Ezcabarte (BON, núm. 157, de 30 de diciembre).

11 Úcar (BON, núm. 4, de 8 de enero de 2003), Funes (BON, núm. 21, de 17 de febrero), Goizueta (BON, núm. 32, de 14 de marzo), Añorbe (BON, núm. 39, de 31 de marzo), Olazti/Olazagutía (BON, núm. 64, de 21 de mayo), Cendea de Galar (BON, núm. 78, de 23 de junio), Etxauri (BON, núm. 81, de 30 de junio), Lesaka (BON, núm. 83, de 2 de julio), Falces (BON, núm. 103, de 13 de agosto), Pitillas (BON, núm. 118, de 15 de septiembre), Peralta (BON, núm. 127, de 3 de octubre), Lezáun (BON, núm. 130, de 10 de octubre, aprobación inicial; no se llegó a enviar la aprobación definitiva al BON), Lakuntza (BON, núm. 131, de 13 de octubre), Arano (BON, núm. 132, de 15 de octubre), Odieta (BON, núm. 147, de 19 de noviembre), Elgorriaga (BON, núm. 152, de 1 de diciembre), y Murillo el Cuende (BON, núm. 153, de 3 de diciembre).

12 Artajona (BON, núm. 15, de 4 de febrero de 2004), Villafranca (BON, núm. 15, de 4 de febrero), Urzainqui (BON, núm. 40, de 2 de abril), Sesma (BON, núm. 43, de 9 de abril), Allín (BON, núm. 44, de 12 de abril), Gallipienzo

Ordenanzas en 2005 (Valle de Arakil, San Adrián, Lerga, Barásosain, Mélida, Ibargoiti, Eulate, Berbinzana, Yesa, Arbizu, Urdazubi/Urdax, Barañáin, Oitz, Vidaurreta, Murillo el Fruto, Tulebras, Oteiza y Luzaide/Valcarlos)<sup>13</sup>, descendiendo a 13 en el año 2006 (Lapoblación-Meano, Donamaria, Unciti, Tirapu, Artazu, Betelu, Mirafuentes, Lónguida, Hiriberri/Villanueva de Aezkoa, Cirauqui, Torralba del Río, Monreal y Lantz)<sup>14</sup>, y a 12 en 2007 (Améscoa Baja, Legarda, Santacara, Garralda, Garde, Lazagurría, Roncal, Orísoain, Juslapeña, Aguilar de Codés, Bargota, y Tiebas-Muruarte de Reta)<sup>15</sup>.

En el año 2008 fueron aprobadas las Ordenanzas de 22 nuevos municipios: Aras, Ultzama, Urroz-Villa, Beintza-Labaien, Uterga, Burlada, Etxalar, Marañón, Vidángoz/Bidankoze, Unzué, Ciriza, Liédena, Ochagavía/Otsagabia, Navascués, Barillas, Ezcároz, Luquin, Belascoáin, Mendaza, Urrotz, Esparza de Salazar, e Izagaondoa<sup>16</sup>; fueron la mitad, 11, en 2009 (Beire, Cabanillas, Olejua, Oroz-Betelu, Zabalza, Erro, Genevilla, El

---

(BON, núm. 46, de 16 de abril), Arguedas (BON, núm. 47, de 19 de abril), Sangüesa (BON, núm. 50, de 26 de abril), Biurrun-Olcoz (BON, núm. 51, de 28 de abril), Enériz (BON, núm. 56, de 10 de mayo), Areso (BON, núm. 57, de 12 de mayo), Valle de Yerri/Deierri (BON, núm. 58, de 14 de mayo), Olo (BON, núm. 59, de 17 de mayo), Metauten (BON, núm. 63, de 26 de mayo), Mañeru (BON, núm. 68, de 7 de junio), Sunbilla (BON, núm. 68, de 7 de junio), Garinoain (BON, núm. 77, de 28 de junio), Morentin (BON, núm. 80, de 5 de julio), Echarri (BON, núm. 96, de 11 de agosto), Sartaguda (BON, núm. 99, de 18 de agosto), Fustiñana (BON, núm. 104, de 30 de agosto), Aberin (BON, núm. 119, de 4 de octubre), Pueyo (BON, núm. 131, de 1 de noviembre), Arellano (BON, núm. 135, de 10 de noviembre), Arantza (BON, núm. 137, de 15 de noviembre), Arce/Artzi (BON, núm. 137, de 15 de noviembre), Murieta (BON, núm. 138, de 17 de noviembre), Olóriz (BON, núm. 140, de 22 de noviembre), Bertizarana (BON, núm. 148, de 10 de diciembre), Igantzi (BON, núm. 149, de 13 de diciembre), y Allo (BON, núm. 152, de 20 de diciembre).

- 13 Valle de Arakil (BON, núm. 5, de 12 de enero de 2005), San Adrián (BON, núm. 15, de 4 de febrero), Lerga (BON, núm. 17, de 9 de febrero), Barásosain (BON, núm. 23, de 23 de febrero), Mélida (BON, núm. 29, de 9 de marzo, aprobación inicial; no se llegó a enviar la aprobación definitiva al BON), Ibargoiti (BON, núm. 46, de 18 de abril, aprobación inicial; no se llegó a enviar la aprobación definitiva al BON), Eulate (BON, núm. 50, de 27 de abril), Berbinzana Arbizu (BON, núm. 62, de 25 de mayo), Yesa (BON, núm. 64, de 30 de mayo), Arbizu (BON, núm. 65, de 1 de junio), Urdazubi/Urdax (BON, núm. 78, de 1 de julio, aprobación inicial; no se llegó a enviar la aprobación definitiva al BON), Barañáin (BON, núm. 81, de 8 de julio), Oitz (BON, núm. 100, de 22 de agosto), Bidaurreta (BON, núm. 110, de 14 de septiembre), Murillo el Fruto (BON, núm. 116, de 28 de septiembre), Tulebras (BON, núm. 122, de 12 de octubre), Oteiza (BON, núm. 150, de 16 de diciembre), Izalzu (BON, núm. 153, de 23 de diciembre), y Luzaide/Valcarlos (BON, núm. 153, de 23 de diciembre).
- 14 Lapoblación-Meano (BON, núm. 10, de 23 de enero de 2006), Donamaria (BON, núm. 26, de 1 de marzo), Unciti (BON, núm. 59, de 17 de mayo), Tirapu (BON, núm. 60, de 19 de mayo), Artazu (BON, núm. 63, de 26 de mayo), Betelu (BON, núm. 69, de 9 de junio), Mirafuentes (BON, núm. 71, de 14 de junio, aprobación inicial; no se llegó a enviar la aprobación definitiva al BON), Lónguida (BON, núm. 82, de 10 de julio), Hiriberri/Villanueva de Aezkoa (BON, núm. 90, de 28 de julio), Cirauqui (BON, núm. 90, de 28 de julio), Torralba del Río (BON, núm. 95, de 9 de agosto), Monreal (BON, núm. 118, de 2 de octubre) y Lantz (BON, núm. 150, de 15 de diciembre, aprobación inicial; no se llegó a enviar la aprobación definitiva al BON).
- 15 Améscoa Baja (BON, núm. 7, de 15 de enero de 2007), Legarda (BON, núm. 20, de 14 de febrero), Santacara (BON, núm. 31, de 12 de marzo, aprobación inicial; no se llegó a enviar la aprobación definitiva al BON), Garralda (BON, núm. 36, de 23 de marzo), Garde (BON, núm. 66, de 28 de mayo), Lazagurría (BON, núm. 80, de 29 de junio), Roncal (BON, núm. 103, de 20 de agosto), Orísoain (BON, núm. 112, de 7 de septiembre), Juslapeña (BON, núm. 118, de 21 de septiembre), Aguilar de Codés (BON, núm. 134, de 26 de octubre), Bargota (BON, núm. 142, de 14 de noviembre), y Tiebas-Muruarte de Reta (BON, núm. 143, de 16 de noviembre).
- 16 Aras (BON, núm. 6, de 14 de enero de 2008), Ultzama (BON, núm. 18, de 8 de febrero), Urroz-Villa (BON, núm. 36, de 19 de marzo), Beintza-Labaien (BON, núm. 44, de 7 de abril), Uterga (BON, núm. 47, de 14 de abril), Burlada (BON, núm. 52, de 25 de abril), Etxalar (BON, núm. 68, de 2 de junio), Marañón (BON, núm. 81, de 2 de julio), Vidángoz/Bidankoze (BON, núm. 86, de 14 de julio), Unzué (BON, núm. 93, de 30 de julio), Ciriza (BON, núm. 96, de 6 de agosto), Liédena (BON, núm. 106, de 29 de agosto), Ochagavía/Otsagabia (BON, núm. 122, de 6 de octubre), Navascués (BON, núm. 124, de 10 de octubre), Barillas (BON, núm. 125, de 13 de octubre), Ezcároz (BON, núm. 127, de 17 de octubre), Luquin (BON, núm. 127, de 17 de octubre), Belascoáin (BON, núm. 142, de 21 de noviembre), Mendaza (BON, núm. 142, de 21 de noviembre), Hurtos (BON, núm. 144, de 26 de noviembre), Esparza de Salazar (BON, núm. 152, de 15 de diciembre, aprobación inicial; no se llegó a enviar la aprobación definitiva al BON), e Izagaondoa (BON, núm. 155, de 22 de diciembre).

Busto, Cabanillas, Auritz/Burguete y Romanzado)<sup>17</sup>; y los años sucesivos descendieron a 7 en 2010 (Desojo, Cárcar, Olite, Eratsun, Torres del Río, Espronceda, y Burgui)<sup>18</sup> y 2 en 2011 (Mendigorría y Azuelo)<sup>19</sup>.

El año 2012 se incrementó a 8 el número de municipios que aprobaron sus Ordenanzas: Abáigar, Arike, Ablitas, Saldias, Berriozar, Urraúl Alto, Pitillas, y Oronz/Orontze<sup>20</sup>, bajando a 6 en 2013 (Corella, Lizoáin-Arriasgoiti, Arruazu, Cadreita, Larraga y Berrioplano)<sup>21</sup>. En lo que llevamos de este 2014 han sido aprobadas 7 textos (Altsasu/Alsasua, Atez, Arróniz, Ayegui, Barañáin, y la Mancomunidad de Servicios Administrativos de Izaga –que aglutina a los Ayuntamientos de Ibargoiti, Monreal, Unciti, Izagaondoa, Urroz-Villa y Lizoain-Arriasgoiti–, y Ezprogui)<sup>22</sup>.

Algunos ayuntamientos, en lugar de ordenanzas reguladoras de las parejas estables han aprobado ordenanzas reguladoras de creación de ficheros de datos de carácter personal, entre los que incluyen los relativos a la inscripción de las parejas estables; son los de Cascante, Aranguren, Monteagudo, Villava/Atarrabia, Ribaforada, Esteribar, Falces, Adiós, Valtierra, Cintruénigo, Ergoiena, Tafalla, Fitero, Zizur Mayor, Cendea de Cizur, Carcastillo, Sansol, Salinas de Oro, Guesálaz, Leitza, Viana, Bakaiku, Javier, Gallués-Güesa-Sarriés, Dicastillo, Cabredo, Oláibar y Lodosa<sup>23</sup>.

- 17 Beire (BON, núm. 1, 2 de enero de 2009), Cabanillas (BON, núm. 14, 2 de febrero), Olejua (BON, núm. 26, de 2 de marzo), Oroz-Betelu (BON, núm. 30, de 11 de marzo), Zabalza (BON, núm. 70, de 8 de junio), Erro (BON, núm. 71, de 10 de junio), Genevilla (BON, núm. 76, de 22 de junio), El Busto (BON, núm. 114, de 16 de septiembre), Cabanillas (BON, núm. 132, de 26 de octubre), Auritz/Burguete (BON, núm. 138, de 9 de noviembre) y Romanzado (BON, núm. 149, de 4 de diciembre).
- 18 Desojo (BON, núm. 8, de 18 de enero de 2010), Cárcar (BON, núm. 15, de 3 de febrero), Olite (BON, núm. 28, de 3 de marzo), Eratsun (BON, núm. 32, de 12 de marzo), Torres del Río (BON, núm. 39, de 29 de marzo), Espronceda (BON, núm. 93, de 2 de agosto) y Burgui (BON, núm. 98, de 13 de agosto).
- 19 Mendigorría (BON, núm. 65, de 28 de mayo de 2011. El fichero automatizado de datos de carácter personal denominado Personas del Ayuntamiento de Mendigorría fue anunciado en el BON, núm. 156, de 11 de agosto de 2014); Azuelo (BON, núm. 156, de 8 de agosto).
- 20 Abáigar (BON, núm. 67, de 10 de abril de 2012), Arike (BON, núm. 94, de 18 de mayo), Ablitas (BON, núm. 98, de 24 de mayo), Saldias (BON, núm. 120, de 22 de junio), Berriozar (BON, núm. 20, de 20 de agosto), Urraúl Alto (BON, núm. 176, de 6 de septiembre), Pitillas (BON, núm. 177, de 7 de septiembre) y Oronz/Orontze (BON, núm. 222, de 13 de noviembre).
- 21 Corella (Aprobación definitiva modificación Ordenanza reguladora del Registro Municipal de Parejas Estables no casadas, BON, núm. 39, de 26 de febrero de 2013. Aprobación definitiva Ordenanza fiscal reguladora de las tasas por inscripción en el registro municipal de parejas estables no casadas, BON, núm. 48, de 11 de marzo de 2013), Lizoáin-Arriasgoiti (BON, núm. 43, de 4 de marzo), Arruazu (BON, núm. 73, de 18 de abril), Cadreita (BON, núm. 115, de 18 de junio), Larraga (BON, núm. 174, de 10 de septiembre) y Berrioplano (BON, núm. 203, de 21 de octubre).
- 22 Altsasu/Alsasua (BON, núm. 44, de 5 de marzo de 2014), Atez (BON, núm. 51, de 14 de marzo), Arróniz (BON, núm. 104, de 29 de mayo), Ayegui (BON, núm. 126, de 30 de junio), Barañáin (BON, núm. 156, de 11 de agosto), la Mancomunidad de Servicios Administrativos de Izaga –que aglutina a los Ayuntamientos de Ibargoiti, Monreal, Unciti, Izagaondoa, Urroz-Villa y Lizoain-Arriasgoiti– (BON, núm. 168, de 28 de agosto), y Ezprogui (BON, núm. 187, de 24 de septiembre).
- 23 Cascante (BON, núm. 102, de 25 de agosto de 2006), Aranguren (BON, núm. 33, de 16 de marzo de 2007), Monteagudo (BON, núm. 71, de 8 de junio de 2007), Villava/Atarrabia (BON, núm. 78, de 25 de junio de 2007), Ribaforada (BON, núm. 126, de 8 de octubre de 2007), Esteribar (BON, núm. 134, de 26 de octubre de 2007), Falces (BON, núm. 20, de 13 de febrero de 2008), Adiós (BON, núm. 114, de 17 de septiembre de 2008), Valtierra (BON, núm. 138, de 12 de noviembre de 2008), Cintruénigo (BON, núm. 39, de 1 de abril de 2009), Ergoiena (BON, núm. 49, de 24 de abril de 2009), Tafalla (BON, núm. 89, de 20 de julio de 2009), Fitero (BON, núm. 111, de 9 de septiembre de 2009), Zizur Mayor (BON, núm. 128, de 16 de octubre de 2009), Cendea de Cizur (BON, núm. 132, de 26 de octubre de 2009), Carcastillo (BON, núm. 144, de 23 de noviembre de 2009), Sansol (BON,

Castejón y Etxarri Aranatz poseen un Registro de uniones civiles que está regulado por sendas ordenanzas que no están publicadas en el *Boletín Oficial de Navarra*<sup>24</sup>.

No tienen ordenanzas, regulación relativa a los ficheros ni registro de uniones civiles los ayuntamientos de Aranaache, Aria, Barbarin, Etayo, Guirguillano, Irañeta, Larraona, Legaria, Oco, Orbaizeta, Orbara, Petilla de Aragón, Sada y Zúñiga. Consultados los secretarios de estos ayuntamientos, generalmente de pocos habitantes y de edades avanzadas, nos contestan que no han aprobado ordenanzas de parejas estables ni regulación de ficheros por no haberlo considerado todavía necesario, pues ninguna pareja se ha mostrado interesada en inscribirse en el municipio<sup>25</sup>.

Otro de los problemas que advertimos es la inexistencia de una normativa unificada para todos los ayuntamientos navarros sobre la inscripción de las parejas de hecho en los registros municipales. Veamos dos ejemplos.

La primera ordenanza aprobada fue la del Ayuntamiento de Pamplona<sup>26</sup>. Los requisitos exigidos son que al menos uno de los miembros de la unión debe estar empadronado en el municipio de Pamplona por su condición de residente habitual en el mismo; que no pueden tener vínculos matrimoniales ni entre ellos ni con otras personas; y que no pueden estar inscritos en otro registro o en el mismo con otra persona. No se practica inscripción alguna cuando: a) alguno de los comparecientes sea menor de edad no emancipado o si son entre sí parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral; b) alguno de los comparecientes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas. En este caso deberá aportar dictamen médico de su aptitud para consentir en la constitución de una unión de convivencia no matrimonial; y c) alguno de los comparecientes estuviese ligado por vínculo o declarado incapaz para contraer matrimonio.

Pueden hacerse constar cuantas circunstancias relativas a su unión manifiesten los comparecientes, así como los convenios reguladores de las relaciones personales

---

núm. 26, de 26 de febrero de 2010), Salinas de Oro (BON, núm. 111, de 13 de septiembre de 2010), Guesálaz (BON, núm. 129, de 25 de octubre de 2010), Leitza (BON, núm. 10, de 17 de enero de 2011), Viana (BON, núm. 196, de 4 de octubre de 2011), Bakaiku (BON, núm. 213, de 26 de octubre de 2011), Javier (BON, núm. 81, de 30 de abril de 2012), Gallués-Güesa-Sarriés (BON, núm. 134, de 9 de julio de 2012), Dicastillo (BON, núm. 219, de 29 de mayo de 2013), Cabredo (BON, núm. 186, de 26 de septiembre de 2013), Oláibar (BON, núm. 16, de 24 de enero de 2014) y Lodosa (BON, núm. 152, 5 de agosto de 2014).

24 La Ordenanza de Castejón fue aprobada en Pleno de 29 de septiembre de 1995 (dato que agradezco a Miriam Ortueta Izco, secretaria del Ayuntamiento); y la de Etxarri Aranatz de 6 de marzo de 2000 (dato que agradezco a Silvia Gonzalo Etxarri, secretaria del Ayuntamiento).

25 No hemos podido obtener información de Abaurrepea/Abaurrea Baja, Anue, Armañanzas, Castillonuevo, Eslava, Ezkurra, Garaioa, Goñi, Isaba, Lana, Larraun, Leache, Lekunberri, Lerín, Lumbier, Mués, Nazar, Orreaga/Roncesvalles, Piedramillera, Sorlada, Ujué, Urdiain, Uztároz/Uztarroze, Ziordia, Zubieta y Zugarramurdi. Tampoco de las ciudad de Estella-Lizarra.

26 Ordenanza reguladora de la Organización y Funcionamiento del Registro Municipal de Parejas Estables no casadas, aprobada por Acuerdo de Pleno de 3 de agosto de 2000. BON, núm. 121, de 6 de octubre de 2000.

y patrimoniales entre los miembros de la unión. Por otra parte, para garantizar la intimidad personal y familiar de los inscritos en el Registro no da publicidad alguna al contenido de los asientos.

La primera inscripción o solicitud de cada pareja se produce mediante comparecencia personal y conjunta ante el funcionario encargado del Registro de las dos personas para declarar la existencia entre ellas de una unión de convivencia no matrimonial. No es necesaria la presencia de testigos durante la inscripción. Las anotaciones referidas a la terminación o extinción de la unión, pueden practicarse a instancia de sólo uno de los miembros de la misma.

Todas las inscripciones practicadas como las certificaciones expedidas son gratuitas.

La documentación a presentar se reduce a la acreditación de las personas a inscribir (Documento Nacional de Identidad, tarjeta de extranjero, pasaporte o permiso de conducir), y la declaración jurada de no estar casado ni inscrito en otro Registro de Parejas Estables no casadas, documento este facilitado por la unidad tramitadora. El plazo de tramitación es inmediato.

El registro municipal de parejas de hecho pamplonés se puso en marcha en octubre del año 2000, y desde ese mes hasta final de ese año se habían inscrito 115 parejas. Diez años más tarde, a 31 de marzo de 2010, el registro contabilizaba un total de 3.244 parejas de hecho, 92 de ellas, 2,8 %, del mismo sexo (61 parejas de hombres y otras 31 parejas de mujeres)<sup>27</sup>.

Frente al ejemplo pamplonés, fijémonos ahora en el de Burlada, una de las localidades más populosas de Navarra, lindante con la capital. Su Registro municipal de parejas estables no casadas se aprobó por Ordenanza municipal el 31 de enero de 2008<sup>28</sup>. Esta Ordenanza, a diferencia de la de Pamplona, especifica en su segundo artículo que "Podrán instar su inscripción en el Registro todas aquellas parejas, independientemente de su sexo, que por su libre y pleno consentimiento hayan constituido una unión de convivencia no matrimonial".

Los requisitos son similares a los de Pamplona<sup>29</sup>. Sin embargo, en cuanto a la inscripción o solicitud, se especifica que las anotaciones que se refieran a la

27 *Diario de Navarra*, 11 de abril de 2010.

28 *BON*, núm. 24, de 22 de febrero de 2008.

29 La primera inscripción de cada pareja se produce mediante comparecencia personal y conjunta de las dos personas ante la persona funcionaria encargada del Registro, para declarar la existencia entre ellas de una unión de convivencia no matrimonial; y no se procede a practicar inscripción alguna si alguna de las personas comparecientes es menor de edad no emancipada o si son entre sí parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral, etc.

terminación o extinción de la unión, pueden practicarse a instancia de uno de los miembros de la pareja siempre que se haga notificación fehaciente a la otra persona.

En cuanto a la documentación a presentar, también difiere de la que había que aportar en el Ayuntamiento pamplonés. En Burlada se reduce a la fotocopia del DNI de las personas a inscribir y la sentencia de divorcio si se había estado casado previamente. Para la disolución o baja de la pareja se exige el certificado de matrimonio o libro de familia para los casos de los matrimonios civiles o eclesiásticos de cualquiera de los miembros, la notificación fehaciente a la otra persona, el certificado de defunción en el caso del fallecimiento de alguno de los miembros, y la escritura pública en la que consten los supuestos acordados por la pareja.

### 3. El Registro fiscal de parejas estables

El Registro fiscal de parejas estables no suple las carencias de los registros municipales y notariales. El art. 12 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, dedicado al régimen fiscal, fue el de mayor extensión del cuerpo legal. Tras señalar el criterio igualitario respecto de los cónyuges —declarado inconstitucional y nulo por la STC 93/2003<sup>30</sup>—, se ocupó en de múltiples modificaciones de los impuestos de sucesiones y transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados e IRPF, debido a las competencias que posee Navarra en materia tributaria.

En concreto, STC 93/2003 declaró que el régimen económico a aplicar a las parejas estables no se puede imponer, si no que debe quedar clara la libre voluntad de la pareja de equipararse a los cónyuges a efectos fiscales, de ahí que la Ley Foral 38/2013, de 28 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias, añadiera una Disposición adicional a la Ley Foral General Tributaria, para regular la equiparación de las parejas estables a los cónyuges de conformidad con la jurisprudencia constitucional. La posterior Orden Foral 73/2014, de 19 de febrero, que regula el contenido y el funcionamiento del Registro fiscal de parejas estables de la Comunidad Foral de Navarra, pretendió adecuar la normativa foral a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Registro fiscal no tiene carácter constitutivo de la pareja estable, pues es la legislación civil la que regula este tipo de relación. Nace, por tanto, con el objeto de hacer constar oficialmente la inscripción de las parejas estables que hayan solicitado su equiparación fiscal a los cónyuges.

La equiparación fiscal con los cónyuges surte efectos respecto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre el Patrimonio, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y del Impuesto sobre Sociedades. Por otra parte, entre los requisitos exigidos para equiparar fiscalmente a los miembros de las parejas

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, 093/2013, de 23 de abril (RTC 2013/93). BOE, de 23 de mayo de 2013.

estables a los matrimonios es que aquellos formen una pareja estable con arreglo a lo dispuesto en la normativa civil que les sea de aplicación, y que se inscriban en este Registro.

La solicitud de la inscripción en el Registro puede realizarse mediante formulario específico (modelo 030) o mediante la presentación de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, rellenando de forma correcta los apartados o casillas expresamente previstos para ello.

### III. REFLEXIÓN FINAL: LA NECESIDAD DE UN REGISTRO ÚNICO.

La STC 93/2003 evidenció el vacío legal existente por la falta de un registro único que garantice que las parejas inscritas cumplan los requisitos legales exigidos<sup>31</sup>, que, como ya hemos advertido, en modo alguno es suplido por el Registro fiscal de parejas estables. El fallo, además, anuló una de las tres vías legales para acreditarse como pareja estable legal, la del reconocimiento automático tras un período de convivencia de un año o por tener descendencia en común en cualquier tiempo. Se hace, por tanto, necesaria la existencia de un registro único, similar al existente en Cataluña, Aragón, Valencia, Madrid, Extremadura, Baleares, Asturias, Canarias, País Vasco, Andalucía, Cantabria, Galicia, Castilla-León y Castilla la Mancha.

31 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> A., "Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/ 2003, de 23 de abril de 2013", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 5 (septiembre 2013), pp. 75-115.



LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL ÁMBITO  
CONTRACTUAL

THE CHILD PROTECTION IN THE CONCLUSION OF THE  
CONTRACT

*Rev. boliv. de derecho* n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 80-97



Giovanni  
BERTI DE  
MARINIS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 27 de febrero de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** El trabajo analiza el grado de libertad reconocido por el ordenamiento jurídico al menor en la conclusión de negocios patrimoniales. Se pone de manifiesto que el actual sistema normativo, que vincula a la capacidad de obrar la posibilidad de concluir contratos es demasiado rígido. Niega, así, al menor de edad cualquier posibilidad de celebrar contratos válidos, limitando de este modo la posibilidad de expresar su propia personalidad a través de esta vía.

**PALABRAS CLAVE:** Menor de edad; autonomía negocial; capacidad de obrar; anulabilidad.

**ABSTRACT:** The paper analyzes the level of freedom recognized by the minor in the stipulation of contracts. It is highlighted as the current regulatory framework is too rigid as it does not allow the child to stipulate valid contract. This legislation does not allow the the child to express his personality through the stipulation of contracts.

**KEY WORDS:** Minor; contractual autonomy; ability to act; invalidity.

**SUMARIO.-** I. El menor de edad como parte débil del contrato.- II. Límites extralegales a la falta de capacidad de obrar: los llamados “actos de la vida cotidiana”.- III. Contratos concluidos por menores y sanción invalidante: la anulabilidad como sanción protectora del patrimonio del menor.- IV. Engaños usados por el menor y excepción de la exigencia de protección.- V. Peculiares efectos restitutorios de la anulabilidad por falta de capacidad de obrar.- VI. El menor como sujeto de derecho: normas constitucionales y necesidad de una tutela “dinámica” del menor.- VII. (Continuación) necesidad de reconocimiento de todos los contratos a través de los cuales se realicen intereses, mercedores de protección, propios de la edad del menor.- VIII. Conclusiones: de la tutela “estática” a la tutela “dinámica”.

## I. EL MENOR DE EDAD COMO PARTE DÉBIL DEL CONTRATO.

El tema de la tutela de la parte débil del contrato es, sin duda, uno de los más actuales del Derecho civil<sup>1</sup>. De hecho, cada vez más frecuentemente, se insiste en la necesidad de prever mecanismos efectivos de tutela, para predisponer un sistema de principios y de preceptos, que, de alguna manera, protejan a los contratantes, cuya “debilidad” quede demostrada.

Esta tendencia es hoy particularmente evidente en todas las disposiciones que tratan de proteger al consumidor, al cliente de una institución crediticia, de un intermediario financiero o de una compañía de seguros.

Pero no debe pensarse que dicha tendencia nazca solamente de la evolución del mercado y de la mayor complejidad del tráfico jurídico, sino que la misma ya estaba presente, en cierto modo, en el Código civil italiano, al establecer este cuerpo legal un régimen de invalidez para el caso de contratos celebrados por menores.

Como es sabido, la validez de los actos de autonomía negocial está subordinada al hecho de que quien los realice tenga capacidad de obrar, la cual se alcanza al cumplirse dieciocho años, por lo que no es predicable de los menores<sup>2</sup>.

1 Sobre el tema, MARINELLI, F.: “La tutela civile dei soggetti deboli”, *Giustizia civile* (1994), II, pp. 155-171.

2 FALZEA, A.: “Capacità giuridica (teoria gen.)”, en AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*. Milano (1960): Giuffrè, p. 25; RUPERTO, C.: “Età (dir. Priv.)”, en AA.VV.: *Enciclopedia del diridritto*. Milano (1967): Giuffrè, p. 85; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, I. Milano (2002): Giuffrè, pp. 236-238.

### • Giovanni Berti de Marinis

Es Abogado y Profesor Investigador de Derecho Privado en la Universidad de Perugia (Italia). Doctor por la Universidad de Camerino, en el Programa de Doctorado “Diritto civile nella legalità costituzionale”. Acreditado a Profesor Titular para el sector de Derecho de la Economía y de los mercados financieros. giobertidemarini@libero.it

Así se deduce de la expresa disposición prevista en el art. 2 CC italiano, el cual establece que con la mayoría de edad “se adquiere la capacidad para realizar todos los actos para los cuales no sea establecida una edad diversa”. El menor tiene capacidad jurídica y, en consecuencia, podrá ser titular de un propio patrimonio, pero, al carecer de capacidad de obrar, no podrá disponer de él autónomamente, sino, exclusivamente, a través de quienes ejercitan la patria potestad o, en su defecto, mediante el tutor<sup>3</sup>.

Por lo tanto, con la excepción del menor emancipado y dejando a salvo lo dispuesto en las específicas normas del contrato de trabajo<sup>4</sup>, quienes no hayan cumplido dieciocho años de edad, no pueden expresar válidamente la propia voluntad negocial<sup>5</sup>. La razón de ello, según la doctrina, se explica por la naturaleza misma del acto negocial, que, además de exigir la voluntariedad de celebrarlo, requiere la comprensión de los efectos jurídicos que de él resultan y la voluntad de producirlos.

Otra cosa sucede en los llamados “actos jurídicos en sentido estricto”, cuya validez exige, exclusivamente, la mera voluntad del sujeto de realizarlos, pero cuyas consecuencias son predeterminadas por el legislador. Es, por ello, que, mientras para la conclusión de un negocio jurídico se requiere la capacidad de obrar, en cambio, para la realización de actos jurídicos, es suficiente la capacidad de entender y de querer, cuya concurrencia, respecto de los menores, determinará la plena validez de los actos por ellos realizados y la vigencia de los efectos que les sean propios.

La regla de la falta de capacidad de obrar del menor, comúnmente entendida como expresión de la necesidad de proteger su patrimonio, se basa en la presunción de que cuando se alcanza la mayoría de edad se llega a una maduración física y psicológica, plena e integral. Dicha presunción separa radicalmente en dos fases la vida del individuo: la mayoría de edad, que le permite concluir todo tipo de negocios jurídicos; y la minoría de edad, durante la cual no existen espacios de autonomía privada para el menor.

3 PERLINGIERI, C.: “Art. 2”, en AA.VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (coord. por G. PERLINGIERI), 3ª ed. Napoli (2010): ESI, p. 261, la cual evidencia que, mientras cuando se habla de capacidad jurídica se hace referencia a un concepto estático, al referirse a la capacidad de obrar se alude a un concepto dinámico, atinente al ejercicio de un derecho.

4 Todas las derogaciones del principio general de incapacidad del menor son consideradas por la jurisprudencia como normas excepcionales y, por consiguiente, de interpretación restrictiva. Véase, así, Cass., 4 dicembre 1971, n. 3490.

5 De modo preliminar, véase sobre este punto, FALZEA, A.: “Capacità giuridica (teoria gen.)”, cit., 25; RUPERTO, C.: “Età (dir. Priv.)”, cit., p. 85; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., pp. 236-237; GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, I. Padova (1999): CEDAM, p. 143-144; BESSONE, M., ALPA, G., D'ANGELO, A., FERRANDO G. y SPALLAROSSA M.R.: *La famiglia nel nuovo diritto*. Bologna (2003): Zanichelli, p. 261; BOCCHINI, F.: “L'interesse del minore nei rapporti patrimoniali”, *Rivista diritto civile* (2000), p. 277; BELVEDERE, A.: “L'autonomia del minore nei rapporti patrimoniali”, en AA.VV.: *L'autonomia del minore tra famiglia e società* (coord. por G. DE CRISTOFARO y A. BELVEDERE). Milano (1980): Giuffrè, passim; BUSNELLI F.D. y GIARDINA, F.: “La protezione del minore nel diritto di famiglia italiano”, *Giurisprudenza italiana* (1980), IV, p. 203; GIARDINA, F.: *La condizione giuridica del minore*. Napoli (1984): ESI, p. 69-70.

La circunstancia de que la personalidad del menor, por su temprana edad, no esté todavía plenamente definida, lo convierte en un sujeto que debe ser protegido en el ámbito negocial, por su inexperiencia, poco conocimiento del valor de los bienes y, en última instancia, por el riesgo que soporta de ser más fácilmente engañado por la otra parte contratante.

La solución enunciada, anticipando lo que después se dirá, parece excesivamente drástica. Hay que decir que el menor, a pesar de estar privado de capacidad de obrar, sin embargo, es un sujeto de Derecho, que, como tal, tiene el derecho a desarrollar la propia personalidad de la manera más plena, autónoma e integral posible. De igual modo, la ausencia de capacidad de obrar (presumida *iuris et de iure*) no quiere decir que el menor sea totalmente inconsciente de los actos que realiza y de las consecuencias que de los mismos se derivan.

Por el contrario, el menor, aunque su personalidad esté todavía en fase de formación, es un sujeto pensante, y no, un ser inanimado incapaz de relacionarse con el mundo exterior.

Esto hace que la situación del menor sea particularmente delicada, porque, de un lado, debe ser protegido de los eventuales daños que él mismo podría causar a su patrimonio; pero, de otro lado, deben dejársele espacios idóneos de libertad y de autodeterminación, que puedan permitir un desarrollo sano y autónomo de su propia personalidad<sup>6</sup>.

En un sistema jurídico constitucional en el que el centro del ordenamiento es el principio personalista descrito en el art. 2 de la Constitución italiana, el menor –como cualquier otro sujeto– tiene el derecho a realizar sus propios objetivos, perseguir sus propios intereses y, en definitiva, a desarrollar su propia personalidad. Parece evidente que dicho desarrollo sólo puede lograrse, dejando espacios de autodeterminación al menor, el cual, a través de actos que adquieran relevancia jurídica, pueda manifestar la peculiaridad del propio “yo”<sup>7</sup>.

6 Evidencia la necesidad de dejar al menor espacios idóneos de “libertad y de autodeterminarse”, ALPA, G.: “I contratti del minore, Appunti di diritto comparato”, *Contratti* (2004), p. 519. Pone de manifiesto la exigencia de cambiar la perspectiva de análisis del problema tratado en este trabajo, STANZIONE, P.: “I contratti del minore”, *Europa e diritto privato* (2014), p. 1238, quien afirma: “la aproximación al tema puede ser de tipo iusformalista, por lo que el menor no podrá realizar actos jurídicos, salvo en los casos previstos en la Ley (arts. 21 y 316.1 CC), siendo, pues, incapaz de obrar hasta los dieciocho años, o, por el contrario, es posible una perspectiva iusrealista, según la cual el menor puede realizar todos los actos jurídicos de carácter no patrimonial, con base en su capacidad de autodeterminarse”. Con anterioridad se había expresado en términos semejantes, GIORGIANNI, M.: “In tema di capacità del minore di età”, *Rassegna diritto civile* (1988), p. 104.

7 Sobre la posición que asume el menor en el sistema de valores establecido en la Constitución italiana, véase CAMPANATO, G.: “Il minore nella famiglia”, en AA.VV.: *La tutela giuridica del minore. Diritto sostanziale e processuale* (coord. por G. CAMPANATO, V. ROSSI y S. ROSSI). Padova (2005): CEDAM, pp. 65-66; RIDOLA, P.: “Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo”, en AA.VV.: *I diritti costituzionali* (coord. por R. NANIA y P. RIDOLA). Torino (2001): UTET, p. 54.

## II. LÍMITES EXTRALEGALES A LA FALTA DE CAPACIDAD DE OBRAR: LOS LLAMADOS “ACTOS DE LA VIDA COTIDIANA”.

Hay que tener en cuenta que, mediante la autonomía negocial, el individuo autoregula sus propias necesidades e intereses, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas de acuerdo con sus preferencias<sup>8</sup>. De hecho, a través de la conclusión de negocios jurídicos, cada individuo expresa una parte de sí, expresa las propias necesidades y, en parte, intenta realizarlas.

La presunción de que el menor es siempre y comúnmente considerado como un sujeto privado de capacidad de obrar es particularmente rígida y no tiene en cuenta el hecho de que el proceso de desarrollo y de maduración de un individuo no puede ser determinado de manera tan precisa, sino que, por el contrario, es un “camino” de formación personal y gradual, que se concilia mal con generalizaciones.

Es, por ello, que aunque la orientación de nuestro Código civil sea la de considerar inválidos todos los negocios concluidos por el menor (en cuanto sujeto privado de capacidad de obrar), la doctrina ha propugnado correcciones extralegales, que le permitan celebrar, al menos, aquellos actos negociales definidos como “actos jurídicos de la vida cotidiana”<sup>9</sup>.

Se trata de todos aquellos negocios, habitualmente privados de particular relevancia económica, a través de los cuales se realizan los actos más básicos de la cotidianidad de cada cual y, que, en cuanto tales, también puedan ser concluidos por menores. En esta categoría de actos hay que situar las pequeñas adquisiciones habituales, la celebración de contratos de transporte local (autobús, metro, etc.), los pequeños gastos inherentes a aspectos lúdicos, recreativos o culturales (adquisición de una entrada para el cine o el teatro, la adquisición de tebeos, discos de música, etc.)<sup>10</sup>. Resulta claro que, aplicando el principio general que exige la capacidad de obrar para la celebración de negocios jurídico, los contratos de adquisición tales bienes y servicios por parte de los menores serían inválidos<sup>11</sup>.

8 Véase, sobre este punto, BOCCHINI, F.: “L’interesse del minore nei rapporti patrimoniali”, *Rivista diritto civile* (2000), pp. 277–313.

9 La única referencia normativa que, si bien en un ámbito diverso pero afín, podría socorrer al intérprete en este punto es el art. 409.11 CCI, que, al regular la “amministrazione di sostegno”, afirma que el beneficiario de la misma “puede en todo caso realizar los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la propia vida cotidiana”. Sobre este punto véase MALAVASI, B.: “L’amministrazione di sostegno: le linee di fondo”, *Notariato* (2004), p. 321.

10 Para una reconstrucción de tales actos, véase CINQUE, M.: *Il minore contraente*. Milano (2007): Giuffrè, pp. 98-101.

11 STANZIONE, P.: “I contratti del minore”, cit., pp. 1237-1238, llama la atención sobre la generalización del uso de las nuevas tecnologías y la acentuación, cada vez, más marcada, del reconocimiento social de espacios de autonomía en la vida cotidiana, que se extiende progresivamente a una serie de operaciones económicas. Se refiere el autor a la compra de periódicos, tebeos, pequeños muñecos de plástico, libros, discos, videocasetes, materiales para escribir o de naturaleza informática, así como a la de artículos deportivos, vestuario, comida y bebidas.

La necesidad de atemperar este principio se encuentra, precisamente, en la exigencia de permitir al menor desarrollar su propia personalidad, también a través de la conclusión de contratos, pues, en caso contrario, no se le permitiría expresar y atender a sus propias necesidades. En los casos expuestos, es evidente que no concurre la exigencia de protección patrimonial, que es el fundamento de la entera disciplina de la capacidad de obrar, desde el momento en que se trata de actos que no exponen al patrimonio del menor o de los padres a un riesgo significativo. La corrección de esta solución, lejos de encontrar confirmación en expresos pronunciamientos jurisprudenciales, se confirma por la total ausencia de litigios sobre este punto, lo que testimonia que no existe discusión sobre la validez de este tipo de contratos, no obstante la frecuencia con que los mismos son celebrados.

La cuestión parece ser de gran actualidad, en particular, en relación con el Derecho español, en el que la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha modificado el art. 1263 CC, introduciendo expresamente una derogación a la regla general de la falta de capacidad de obrar del menor en el ámbito contractual. La reforma confirma la imposibilidad general del menor de manifestar autónomamente su voluntad, sin embargo, le permite concluir válidamente "aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales".

A través de esta intervención legislativa se reconoce, al fin, la falta de adecuación de las soluciones normativas excesivamente rígidas, que, con el pretexto de "proteger" al menor, acaban por limitar de manera drástica su capacidad de autodeterminarse en el campo negocial, con lo que se impide que pueda desarrollar de manera plena su propia personalidad.

La adopción de una solución normativa de este tipo –que como se tendrá ocasión de poner de manifiesto más adelante enlaza de modo significativo con los diversos intentos de codificación europea– es un primer indicio de la toma de conciencia del hecho de que la necesidad de "tutela" del menor debe ser también interpretada como la exigencia de dotar al mismo de todos los instrumentos necesarios para garantizarle un "crecimiento" progresivo y equilibrado. Un ordenamiento que pretende "proteger" al menor debe intentar introducirlo gradualmente en los actos de la vida civil a través de etapas que le permitan formarse una experiencia propia, evitando ponerlo en una situación que suponga un brusco y repentino tránsito al más complejo –y, a veces, para él difícilmente comprensible– "mundo de los adultos"<sup>12</sup>.

---

12 Sobre este punto, recientemente, véase Giustozzi, L.: "L'autonomia patrimoniale dei soggetti incapaci", *Le Corti Umbre* (2015), en prensa.

### III. CONTRATOS CONCLUIDOS POR MENORES Y SANCIÓN INVALIDANTE: LA ANULABILIDAD COMO SANCIÓN PROTECTORA DEL PATRIMONIO DEL MENOR.

La finalidad protectora, propia del sistema normativo que caracteriza las relaciones contractuales creadas por un menor, se hace todavía más evidente, cuando se analiza el mecanismo sancionatorio establecido por el Código civil de 1942 en sede de invalidez. La elección del legislador ha sido la de considerar anulables los contratos concluidos por quienes carecen de capacidad de obrar<sup>13</sup>. Tal sanción, que también se aplica en el caso de contratos celebrados con vicios del consentimiento, parece acompañar de manera prevalente a todos aquellos supuestos negociales en los que existe una presunta alteración del elemento volitivo que está en la base de la celebración del contrato<sup>14</sup>.

El mecanismo sancionatorio asume una relevancia central a fin de permitir la realización de una plena e integral tutela de los sujetos protegidos. De hecho, éste siempre está estrechamente ligado a la función que la norma sustantiva violada pretende realizar. Si, como en el caso considerado, el objetivo es el de prever una adecuada tutela del menor, es claro que la sanción deberá ser tal, que permita realizar materialmente dicha finalidad.

La razón que hace que la sanción de la anulabilidad sea la más idónea para proteger al menor que celebra un contrato se encuentra, principalmente, en la delimitación de los sujetos, que, por expresa determinación del art. 1441 CC italiano, están legitimados para poner en marcha el mecanismo de tutela<sup>15</sup>.

En el supuesto que nos ocupa, la anulación del contrato podrá ser demandada, en nombre y por cuenta del menor contratante, por quienes ejercen la patria potestad o la tutela sobre el mismo. El menor estará legitimado autónomamente para hacer valer la anulación, obviamente, sólo después de haber cumplido dieciocho años.

Esta limitación de la legitimación activa confiere al sujeto protegido la posibilidad de elegir entre demandar la invalidez –quedando, en consecuencia, sujeto, a los

13 La posición del Código civil de 1865 era diversa, considerando nulo el contrato celebrado por un menor. Véase a este respecto TAFARO, L.: *L'età per l'attività*. Napoli (2003): ESI, pp. 227-248.

14 El Código civil italiano distingue de manera clara los dos tipos de invalidez (nulidad y anulabilidad) que pueden concurrir en los contratos, reservando a cada uno de ellos una disciplina específica y autónoma. Tal distinción está ausente en el Código civil español, pero ha sido elaborada por la doctrina. Cfr., por todos, sobre este punto, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento", en AA.VV.: *La terminación del contrato* (coord. por J.A. GAITÁN MARTÍNEZ y F. MANTILLA ESPINOSA). Bogotá (2007): Universidad de Rosario, p. 4.

15 FARINA, V.: "Art. 1425", en AA.VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (coord. por G. PERLINGIERI). Napoli (2010): ESI, p. 1052; PELLEGRINO, G.M.: "Art. 1441", en AA.VV.: *Codice civile* (coord. por P. RESCIGNO), 7ª ed. Milano (2008): Giuffrè, p. 2674; FALABELLA, A.: "Art. 1441", en AA.VV.: *Codice civile commentato* (coord. por G. BONILINI, M. CONFORTINI y C. GRANELLI), 4ª ed. Torino (2012): UTET, p. 3289.

efectos restitutorios que de la misma derivan-, o a mantener en vida el contrato, beneficiándose de los eventuales efectos positivos que el mismo determine<sup>16</sup>.

Debe, no obstante, señalarse que la sanción de la anulabilidad, a pesar de ser la única expresamente prevista por la ley, no es la única aplicable en el caso de contratos celebrados por menores.

Hay que recordar que el art. 1325 CC considera que la presencia de la voluntad de las partes es uno de los elementos esenciales, cuya ausencia, por aplicación del art. 1418 CC, determina la nulidad radical del negocio. En consecuencia, la anulabilidad presupone la “realidad” o existencia de un auténtico consentimiento contractual, aunque el mismo esté “alterado”, es decir, no sea “íntegro”, por estar viciado o no ser la voluntad de quien lo expresa plenamente consciente (en el sentido amplio del término) para valorar su exacto significado y conveniencia para sus propios intereses, al proceder aquél de un menor o de un incapacitado.

Por cuanto concierne al consentimiento expresado por un menor, es evidente que la sanción de la anulabilidad, sólo será procedente, cuando estemos ante un sujeto, que, aunque carezca de capacidad de obrar, sin embargo, haya alcanzado un grado mínimo de madurez, que le permita tener capacidad natural para entender y querer el contrato que celebra. En caso contrario, el contrato no será anulable, sino nulo, por ausencia total de voluntad (faltará, no ya la “integridad”, sino la “realidad” del consentimiento, que, en puridad, será inexistente)<sup>17</sup>.

La exigencia de una voluntad que, por lo menos, sea suficiente para crear un vínculo negocial, se deduce claramente de la naturaleza misma de la sanción aplicable. De hecho, el contrato anulable, aunque inválido, produce íntegramente sus efectos hasta que recaiga una sentencia –que, precisamente, por esto tiene naturaleza constitutiva y no meramente declarativa, como la de nulidad- la cual, al tener carácter retroactivo, hace desaparecer *ex tunc* los efectos hasta entonces producidos. Todo ello presupone que el contrato, si bien ha sido estipulado por un sujeto privado de capacidad de obrar, está completo en sus elementos esenciales,

16 ALPA, G.: “I contratti del minore, Appunti di diritto comparato”, cit., p. 518, quien hace notar que la disciplina invalidatoria prevista respecto de los contratos celebrados por menores pretende permitir a la parte protegida mantener en vida los eventuales efectos positivos de los negocios celebrados por el incapaz. La circunstancia de que la anulación de tal contrato sólo pueda tener lugar a instancia de parte, en cuanto instrumento de protección de los intereses particulares de uno de los contratantes, parece estar en una evidente relación con las específicas regulaciones sancionatorias que en Italia son previstas en el ámbito de la tutela de los “nuevos” sujetos débiles (consumidores, clientes de instrumentos financieros o bancarios, etc.). En el seno de dichas regulaciones es, así, extremadamente frecuente el recurso a la sanción de la “nulidad relativa” como un remedio que, desde un punto de vista patológico, trata de garantizar a los sujetos protegidos un instrumento idóneo de reacción ante una lesión sufrida.

17 En la jurisprudencia, puntualiza la diferencia entre la ausencia de acuerdo que determina la nulidad y la prestación de un consentimiento meramente viciado que provoca la anulabilidad, Cass., 22 marzo 1993, n. 3378, *Giustizia civile* (1994), I, p. 1997.

por lo que puede producir sus efectos, aunque de manera no definitiva (en tanto no caduque la acción de anulación).

#### IV. ENGAÑOS USADOS POR EL MENOR Y EXCEPCIÓN DE LA EXIGENCIA DE PROTECCIÓN.

Como muchas veces se ha dicho, la norma que disciplina los contratos celebrados por menores tiene como finalidad principal la protección del patrimonio de un sujeto que, a causa de su edad, puede ser considerado como la parte débil. Su inexperiencia y el riesgo de que pueda ser fácilmente manipulado, podrían dar lugar a que concluyera contratos que le fueran perjudiciales. Es, pues, la condición psicofísica del joven la que lo sitúa en una situación de debilidad y, en consecuencia, impone la necesidad de prever instrumentos de protección a su favor:

Es, por ello, que la necesidad de protección del menor, carente de capacidad de obrar, encuentra su excepción, cuando es aquél quien, con su propia conducta maliciosa o engañosa, haya inducido a error a la parte contraria, haciéndole creer que era mayor de edad<sup>18</sup>.

En este sentido se expresa de manera extremadamente clara el art. 1426 CC, que excluye la posibilidad de que el menor pueda pedir la anulación, cuando, con sus engaños, haya ocultado su estado de incapacidad debido a la edad, especificando que “la simple declaración, hecha por él, de ser mayor, no es obstáculo para la impugnación del contrato”<sup>19</sup>.

Por lo tanto, lo que el Código civil exige es una conducta particularmente artera por parte del menor, que induzca a la otra parte a creer razonablemente que el sujeto con el que va a contratar tiene capacidad de obrar<sup>20</sup>. Si la exigencia de protección del menor deriva directamente de un estado de formación, todavía no desarrollado totalmente, que podría inducir a un tercero a aprovecharse de él, parece evidente que conductas de este tipo hacen desaparecer la exigencia misma de tutela. En consecuencia, quien viene a ser tutelado por el último inciso de la

18 Según una parte de la doctrina la razón de tal elección habría que encontrarla en la particular madurez demostrada por el menor que, al concluir un cierto contrato, emplea un engaño que induce a la otra parte a considerarlo mayor de edad. En este sentido TRABUCCHI, A.: “Dolo”, en AA.VV.: *Novissimo digesto italiano*, VI. Torino (1960): UTET, pp. 153-154. Por el contrario, según otro sector de la doctrina, la disposición comportaría una especie de sanción que el ordenamiento establece para el menor en razón de ser su comportamiento contrario a la buena fe. Así, PAVONE LA ROSA, A.: “Nullità ed annullabilità del contratto. Rassegne di giurisprudenza”, *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* (1949), pp. 441-446.

19 Véase, sobre este punto, MIRABELLI, G.: “Dei contratti in generale”, en AA.VV.: *Commentario al codice civile*, Torino (1980): UTET, pp. 525-526; FRANZONI, M.: “Il contratto annullabile”, en AA.VV.: *Trattato diritto privato* (coord. por M. BESSONE), XIII. Torino (2002): UTET, pp. 191-192; SACCO, R. y DE NOVA, G.: “Il contratto”, en AA.VV.: *Trattato di diritto civile* (coord. por R. SACCO). Torino (2004): UTET, pp. 413-414; GIARDINA, F.: “Art. 1426 c.c.”, en AA.VV.: *Dei contratti in generale* (coord. por E. NAVARRETTA y A. ORESTANO), en AA.VV.: *Commentario al codice civile* (coord. por E. GABRIELLI). Torino (2011): UTET, *passim*.

20 FARINA, V.: “Art. 1426”, en AA.VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (coord. por G. PERLINGIERI). Napoli (2010): ESI, p. 1057. En jurisprudencia, v. Cass., 21 julio 1954, n. 2616. *Foro italiano* (1954), I, p. 335.

norma no es ya el menor, sino, por el contrario, el otro contratante que, llevado a engaño, ha confiado legítimamente en la válida conclusión de un contrato, cuya eficacia, por ello mismo, no podrá ser ya discutida<sup>21</sup>.

El legislador realiza, así, una operación de valoración de los intereses contrapuestos. Si, normalmente, tal valoración lleva al ordenamiento a tutelar de manera plena e integral al menor, en el caso de que se demuestre que éste —a causa de una conducta inapropiada y artera— no merece un trato de favor, lo que se protege es, precisamente, la legítima confianza del otro contratante en la validez del contrato.

Por último, debe precisarse que esta disposición es considerada por la jurisprudencia como una norma que tiene naturaleza excepcional, en la medida en que deroga el principio general, según el cual los actos realizados por el incapaz de obrar son inválidos. Por ello, los Tribunales niegan la posibilidad de extender la aplicación del precepto a los casos, en verdad, más frecuentes, en que los engaños proceden, no de un menor de edad, sino de un sujeto incapacitado<sup>22</sup>.

Así ha sucedido en un supuesto en el que un incapacitado, con la finalidad de concluir un contrato, había presentado a la otra parte una copia falsa de una sentencia de revocación del estado de incapacitación. No obstante la conducta maliciosa del incapacitado, la Corte de Casación ha confirmado la necesidad de interpretar de manera estricta y rigurosa el art. 1426 CC, decantándose, en consecuencia, por la invalidez del contrato concluido, mediando el engaño del incapacitado<sup>23</sup>.

## V. PECULIARES EFECTOS RESTITUTORIOS DE LA ANULABILIDAD POR FALTA DE CAPACIDAD DE OBRAR.

La especificidad de la tutela del patrimonio del menor en el ámbito de la autonomía negocial se deja sentir en la regulación, por parte del art. 1443 CC, de los efectos de la sentencia de anulación, concretamente, en lo atinente a la restitución de las prestaciones del contrato invalidado<sup>24</sup>.

Según ya se ha dicho, el contrato celebrado por un sujeto carente de capacidad de obrar produce sus efectos *medio tempore*. La demanda de anulación, de ser

21 FRANZONI, M.: "Dell'annullabilità del contratto", en AA.VV.: *Commentario al Codice Civile* (coord. por P. SCHLESINGER), 2ª ed. Milano (2005): Giuffrè, pp. 207-208; GENOVESE, A.: "Art. 1426", en AA.VV.: *Codice civile Commentario* (coord. por G. BONILINI, M. CONFORTINI y C. GRANELLI). Torino (2012): UTET, pp. 3256-3257.

22 En la doctrina, tiende a considerar no susceptible de extensión tal disposición a los casos de incapacitación e inhabilitación, FEDELE, A.: "Dell'annullabilità del contratto", en AA.VV.: *Commentario al Codice civile* (coord. por M. D'AMELIO y E. FINZI). Firenze (1948): Barbera editore, p. 702; *Id.*: *L'inefficacia del contratto*. Torino (1983): UTET, p. 102; PELLEGRINI, G.M.: "Art. 1426", en AA.VV.: *Codice civile* (coord. por P. RESCIGNO), 7ª ed. Milano (2008): Giuffrè, p. 2656.

23 Cass., 4 julio 2012, n. 11191, <http://www.dejure.it>.

24 FARINA, V.: "Art. 1443", en AA.VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (coord. por G. PERLINGIERI). Napoli (2010): ESI, pp. 1098-1099.

estimada, tendrá como consecuencia, hacer desaparecer retroactivamente los efectos producidos por el contrato celebrado hasta el momento en que recaiga la sentencia que ponga fin al procedimiento (se dice, por ello, que los efectos producidos por un contrato anulable son "claudicantes").

Como regla general, las prestaciones ejecutadas en cumplimiento de un contrato posteriormente anulado quedan desprovistas de un título justificativo, legitimando a quienes las habían realizado para poder obtener la restitución íntegra de lo pagado, que, en puridad, es indebido (el contrato que les sirve de base era inválido).

Sin embargo, esta regla general tiene una limitación en los casos en que la causa de anulación sea la falta de capacidad de obrar de una de las partes, como sucede en el supuesto de los menores de edad<sup>25</sup>. Así, el mencionado art. 1443 CC establece que el contratante incapaz "no está obligado a restituir al otro la prestación recibida, sino dentro de los límites en que le haya resultado ventajosa"<sup>26</sup>.

Parece, pues, evidente, que el precepto prevé la obligación restitutoria del incapaz en la medida en que se haya producido un enriquecimiento de éste<sup>27</sup>, por lo que, si no lo ha obtenido, podrá retener la prestación recibida, que no le haya sido ventajosa<sup>28</sup>.

La *ratio* de la norma se explica por la necesidad de establecer una tutela completa del patrimonio del incapaz, que, en cuanto parte débil, podría sufrir los efectos de un contrato, cuya oportunidad no pudo apreciar debidamente, y no haber utilizado en su propio provecho la prestación ejecutada a su favor<sup>29</sup>. Así mismo, el art. 1443 CC tiene un efecto disuasorio para quienes pretendan celebrar un negocio con un sujeto incapaz, porque, en caso de anulación del contrato, no tienen asegurada la restitución de la prestación por ellos ejecutada<sup>30</sup>.

25 Sobre el alcance de la disposición y la amplitud de su ámbito de aplicación, véase Cass., 8 marzo 1968, n. 681.

26 Cfr. la similar disciplina del art. 1304 del Código civil español. En la doctrina, EVANGELIO LLORCA, R.: *Los contratos celebrados por incapaces naturales*. Madrid (1997): McGraw-Hill, pp. 132-140.

27 Considera la última disposición citada una especificación del principio general del art. 2039 CCI concerniente al enriquecimiento injusto, MESSINEO, F.: "Annullabilità (dir. Priv.)", en AA.VV.: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milano (1958): Giuffrè, p. 480.

28 Sobre el concepto de "ventaja" al que se refiere la norma analizada, MANZINI, C.: "Il vantaggio dell'incapace", *Rivista diritto civile* (1980), I, pp. 649-682.

29 De CUPIS, A.: "Il favor nel diritto civile per gli incapaci", *Riv. dir. civ.* (1982), II, pp. 763-766; GALGANO, F.: *Il negozio giuridico*. Milano (1988): Giuffrè, p. 346. La misma finalidad ha sido encontrada por la doctrina española en el art. 1304 del Código civil español. Así, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Comentario a los artículos 1303-1314 del CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2. Madrid (1981): Edersa, p. 297.

30 Explica los instrumentos protectores establecidos por el legislador en favor del menor, también como instrumentos encaminados a disuadir a la otra parte de concluir el contrato, CALÒ, E.: "Appunti sulla capacità di agire dei minori", *Diritto famiglia persone*. (1997), p. 1611.

## VI. EL MENOR COMO SUJETO DE DERECHO: NORMAS CONSTITUCIONALES Y NECESIDAD DE UNA TUTELA “DINÁMICA” DEL MENOR.

La regulación expuesta evidencia que el legislador del Código civil de 1942 sintió la necesidad de establecer un sistema de protección del menor; que vetara la posibilidad de que el mismo, por su propia voluntad, pudiera celebrar negocios jurídicos. Sin embargo, hay que preguntarse si la rigidez de esta sistema resulta adecuada en la actualidad o, si por el contrario, es necesaria una reformulación de la materia<sup>31</sup>.

Es sabido que, por cuanto concierne a los aspectos de naturaleza familiar; el Código civil parte de una concepción patriarcal de la familia, en la cual los progenitores –y, en particular, el padre– ejercitaban un poder incondicionado sobre el resto de los componentes de la misma. Por lo que se refiere a los hijos, hasta que alcanzaban la mayoría de edad (que entonces estaba fijada en los veintiún años<sup>32</sup>), estaban sujetos al poder del padre. Esta potestad incondicionada no sólo recaía sobre la educación del menor; sino que también proyectaba sus efectos sobre el patrimonio de éste, porque, aunque fuera titular del mismo, no obstante, no podía realizar actos de disposición sobre él de manera autónoma, sino, exclusivamente, a través del padre<sup>33</sup>.

La eliminación de cualquier espacio de actuación del menor en el ámbito negocial encontraba justificación en la necesidad de evitar cualquier tipo de restricción al poder del padre de controlar y planificar la familia.

Al igual que en España, en Italia ha evolucionado la concepción de la familia<sup>34</sup>, la cual ha dejado de ser un grupo estático, ya que su función primordial no es ya la conservación del orden social, sino el desarrollo de la personalidad de sus componentes<sup>35</sup>, sean mayores o menores de edad<sup>36</sup>.

Por ello, hay que preguntarse si se debe seguir potenciando una orientación que sitúa en primer plano la protección estática del menor, a través de la conservación

31 Se plantea el mismo interrogante STANZIONE, P.: “I contratti del minore”, cit., p. 1239, cuando afirma: “existe la alternativa de dejar absolutamente invariado el sistema actualmente en vigor o, por el contrario, de iniciar un proceso de modificación de las normas, que puede llevar a soluciones diversas; ampliar el régimen de las excepciones a las incapacidades legales, rebajar la edad mínima necesaria para concluir ciertos tipos de contratos, atenuar la sanción prevista para el caso de incumplimiento de las prescripciones legales”.

32 La mayoría de edad fue reducida de 21 a 18 años por la Ley de 8 de marzo de 1975, n. 39.

33 En tal sistema los padres eran considerados los sujetos más idóneos para atender los intereses de los hijos. Sobre este punto, véase GIORGIANNI, M.: “Della potestà dei genitori”, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. por G. CIAN, G. OPPO y A. TRABUCCHI), IV. Padova (1992): CEDAM, p. 292.

34 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La responsabilità civile nell’ambito delle relazioni familiari in Spagna”, *Diritto famiglia persone* (2014), pp 390-391.

35 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionali secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed. Napoli (2006): ESI, pp. 919-950.

36 Se evidencia que el menor pasa de ser un objeto de derechos ajenos a un sujeto titular de derechos, STANZIONE, P. y SCIANCALEPORE, G.: *Minori e diritti fondamentali*. Milano (2006): Giuffrè, pp. 45-46.

de su patrimonio o si, por el contrario, se debe iniciar una nueva aproximación a la materia, drigida a fomentar el desarrollo de la personalidad de los miembros de la familia<sup>37</sup>.

Es obvio que la postura que se adopte, de modo necesario, repercutirá sobre el juicio que debe hacerse de la solución plasmada en el Código, que, según se ha dicho repetidamente, de manera clara, excluye la capacidad de obrar del menor.

Al analizar las instituciones del Derecho civil, no puede olvidarse el impacto que sobre la estructura del ordenamiento jurídico ha tenido la Constitución italiana de 1948, la cual ha situado en el centro de éste al ser humano, en cuando portador de intereses y valores fundamentales. Dicho impacto también se extiende al Código civil, que tradicionalmente ha sido considerado como un conjunto de normas que tienden, de manera prevalente, a la regulación de los aspectos patrimoniales del individuo y que, sin embargo, hoy debe ser reinterpretado a la luz de los principios fundamentales del ordenamiento y, en particular, del principio personalista. Precisamente, en virtud de tal planteamiento, todas las instituciones del Derecho civil tienen que ser revisadas, volviéndose a estudiar y a analizar en función de su capacidad para realizar materialmente los principios expresados en la Constitución.

Las normas sobre la capacidad de obrar no pueden ser la excepción: el principio rector de la interpretación del Derecho civil debe ser la necesidad de garantizar el espacio más amplio posible y el correcto desarrollo de la personalidad de los seres humanos<sup>38</sup>.

## VII. (CONTINUACIÓN) NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE TODOS LOS CONTRATOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE REALICEN INTERESES, MERECEDORES DE PROTECCIÓN, PROPIOS DE LA EDAD DEL MENOR.

Desde la óptica señalada, parece oportuno que la necesidad de conservar el patrimonio ceda a la exigencia de garantizar un pleno desarrollo de la personalidad del menor<sup>39</sup>.

37 STANZIONE, P.: "I contratti del minore", cit., p. 1241, según el cual "se asiste al tránsito de una perspectiva "negacionista", basada en una rígida dicotomía capacidad-incapacidad a otra, de "desarrollo progresivo", que contempla la incapacidad como un supuesto excepcional, destinado a situaciones residuales en relación con el crecimiento de la madurez del menor".

38 En este sentido, TOLDRÀ ROCA, M<sup>a</sup>. D.: *La anulabilidad por causa de incapacidad*. Valencia (2006): Tirant lo Blanch, p. 86: "El tema de la capacidad del menor debe contemplarse desde la visión del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). En este sentido, se impone resaltar el valor práctico del concepto de la capacidad de obrar ligado estrechamente al reconocimiento de la libertad de la persona y de su debida autonomía". Véanse en sentido análogo las consideraciones de GUARDINI, R.: *Le età della vita. Vita e pensiero*. Milano (1992): Giuffrè, p. 102, que resalta la circunstancia de que "el niño no existe sólo para llegar a ser adulto, sino, al contrario, en primer lugar, para ser él mismo, esto es, un niño en cuanto tal, ser humano en tanto que persona viva y ya, en cada fase de su vida, un hombre [...] Así el verdadero niño no es menos persona que un verdadero adulto".

39 CALÒ, E.: "Appunti sulla capacità di agire dei minori", cit., pp. 1610-1611, quien afirma que "la relación entre capacidad del menor y derechos fundamentales o inviolables no debe excluir necesariamente la actividad negocial, la cual constituye una parte no desdeñable de la misma".

Si, como se ha dicho al inicio de este trabajo, la personalidad del individuo también se manifiesta externamente a través de la conclusión de negocios jurídicos, resulta evidente la incidencia de las normas constitucionales sobre la capacidad de obrar; en cuanto que la misma es presupuesto de la autonomía negocial, condicionando su ejercicio.

Es cierto que no se debe descuidar la necesidad de proteger al menor, pero no se le puede impedir expresar sus propias exigencias y necesidades a través de la posibilidad de celebrar actos negociales válidos.

Según ha sido evidenciado, ya la doctrina ha elaborado mecanismos de corrección dirigidos a considerar válidos los llamados “actos de la vida cotidiana”<sup>40</sup>. Esta misma solución ha sido también acogida en el Proyecto de Código europeo de los contratos, cuyo art. 150.III afirma expresamente que no son anulables los negocios “usuales de la vida cotidiana que comporten un desembolso modesto y sean efectuados con dinero o medios procedentes de actividades laborales permitidas al incapaz o puestos lícitamente a su disposición a fin de que pueda disponer de ellos libremente”<sup>41</sup>. Del mismo modo, también el legislador español, como se ha tenido ocasión de evidenciar anteriormente, no ha sido indiferente a la exigencia de reconocer un cierto grado de autonomía al menor en la celebración de los contratos.

Esta corrección –que reconoce la validez de las pequeñas adquisiciones cotidianas-, aunque sea oportuna, no obstante, es insuficiente, por lo que debiera ser ampliada a todos los actos conectados con el desarrollo y la realización de los normales intereses que el menor, de acuerdo, con su edad y madurez, pueda realizar<sup>42</sup>.

Por lo tanto, el criterio de discriminación debiera ser, más que el de la naturaleza del acto de autonomía- y, en consecuencia, su mayor o menor relevancia desde el punto de vista económico-, el interés que a través del acto se pretende realizar; de modo que, si dicho interés es merecedor de protección y puede ser encuadrado entre aquellos, cuya conclusión permiten desarrollar correctamente la personalidad

40 CALÒ, E.: “Appunti sulla capacità di agire dei minori”, cit., p. 1610, que observa que tal reconocimiento puede ser considerado un derecho inviolable del menor.

41 Se trata de la tentativa de elaborar un Código europeo de los contratos por parte de la Academia de iusprivatistas de Pavía. Ha de tenerse en cuenta que la disposiciones en él contenidas, fruto de las reflexiones de autorizados estudiosos europeos, no tienen carácter vinculante, sino que representan exclusivamente una contribución espontánea de dichos estudiosos a la elaboración de un Derecho común de los contratos a nivel europeo. Sobre la particular disciplina de la anulabilidad del contrato adoptada como propia por tal Código, véase MORALES MORENO, A. M.: “Anulabilidad del contrato”, en AA.VV.: *Código europeo de contratos* (coord. por C. VATTIER, J. M<sup>o</sup>. DE LA CUESTA y J. M<sup>o</sup>. CABALLERO), II. Madrid (2003): Dykinson, pp. 575-577.

42 TAFARO, L.: *L'età per l'attività*, cit., pp. 227-248.

del sujeto, el respectivo acto negocial, aunque celebrado por un menor, debería ser considerado válido<sup>43</sup>.

En realidad, la capacidad no es algo que pueda ser determinado de manera general y abstracta, sino que ha de ser valorada en función del específico acto celebrado y de la función que a través del mismo se pretenda realizar<sup>44</sup>.

Por otro lado, en el ámbito de las situaciones jurídicas no patrimoniales ya ha sido sostenida de manera autorizada la necesidad de superar la dicotomía entre capacidad jurídica (atinente a la titularidad de la situación jurídica)<sup>45</sup> y la capacidad de obrar (atinente al aspecto dinámico del ejercicio del derecho), desde la consideración de que privar al titular de un derecho de la posibilidad de ejercitarlo equivale, de hecho, a vaciarlo de contenido. En este ámbito extrapatrimonial, la evolución resulta evidente en el ordenamiento jurídico italiano, desde el momento en que el menor es llamado a expresar su propia opinión, incluso aunque contraste con la de sus padres, en el sometimiento a ciertos tratamientos terapéuticos, en la interrupción voluntaria del embarazo o, en general, en las decisiones que atañan a ámbitos de la propia esfera personal e íntima del menor.

Estas consideraciones, con las debidas adaptaciones, podrían también ser utilizadas por cuanto concierne a las situaciones jurídicas patrimoniales.

En la medida en que una situación jurídica patrimonial se demostrara ser idónea para realizar el desarrollo de la personalidad del menor (art. 2 de la Constitución), debería reconocerse al titular de la misma (aspecto estático) la posibilidad de ejercitarla válidamente (aspecto dinámico).

Debieran, así, ser considerados válidos, aunque no entren dentro del concepto de “actos de la vida cotidiana”, por ejemplo, la adquisición hecha, con los propios ahorros, de una bicicleta, de un instrumento musical, de un telescopio para mirar las estrellas, si, a través de ellos, el menor manifiesta externamente la propia personalidad e intenta desarrollarla, incluso, contra la “voluntad” de los padres<sup>46</sup>.

43 BUSNELLI F.D. y GIARDINA, F.: “La protezione del minore nel diritto di famiglia italiano”, cit., pp. 196-200.

44 GIARDINA, F.: *La condizione giuridica del minore*, cit., p. 67; Id.: “Minore (diritto civile)”, en Aa.Vv.: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Roma (1990): Edizioni del Foro italiano, pp. 1-5; Id.: “I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia”, *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* (1977), pp. 1352-1390.

45 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli (1972): ESI, pp. 137-142; STANZIONE, P.: “Costituzione, diritto civile e soggetti deboli”, *Famiglia diritto* (2009), p. 312.

46 No es obstáculo el hecho de que procediendo de este modo se imponga al menor el cumplimiento de una prestación desde el momento en que no hay por qué excluir que el menor venga obligado a responder de una obligación, cuando la misma nazca de un “acto jurídico en sentido estricto”. Así sucede, por ejemplo, con las obligaciones que derivan de un hecho ilícito cometido por un menor. El sistema de responsabilidad civil descrito por los arts. 2043 y ss. CCI vincula la imputabilidad del sujeto responsable a su capacidad natural para entender y querer, y no a su capacidad legal de obrar; de ello se deduce que un menor, capaz de entender y de querer, que cause a un tercero un daño injusto, podrá ser condenado personalmente a resarcirlo.

## VIII. CONCLUSIONES: DE LA TUTELA “ESTÁTICA” A LA TUTELA “DINÁMICA”.

En conclusión, todo lo dicho debería llevar a contemplar las normas en materia de capacidad de obrar de manera distinta y menos rígida, a pesar de que el tenor de las mismas sea clara, al negar aquélla al menor de edad.

Esta idea se apoya en la convicción de que la incapacidad de un individuo no puede ser determinada de manera universal para todos. Negar, de manera absoluta, márgenes de actuación a sujetos, que, aunque sean menores, estén en grado de realizar autónomamente sus propios intereses es, seguramente, el modo más idóneo de proteger estáticamente el patrimonio de tales sujetos, pero no es el cauce más adecuado para fomentar su desarrollo personal<sup>47</sup>.

La maduración de un individuo es un proceso progresivo que el ordenamiento jurídico debe estimular<sup>48</sup>, lo cual sólo puede conseguirse atribuyendo también al menor gradualmente todas aquellas facultades que, una vez que sea completamente maduro, podrá ejercitar de manera plena y absoluta.

Desde este planteamiento, el mismo contrato debe ser visto como un instrumento que permite al individuo desarrollar la propia personalidad y, como tal, su utilización debe ser potenciada.

El hecho de que la conclusión por parte del menor pueda causar un daño a su patrimonio no es razón suficiente para eliminar de manera drástica la posibilidad de celebrarlo.

Ciertamente, la necesidad de prever sanciones invalidantes persiste. Lo que sucede es que, necesariamente, debe ampliarse el margen de autonomía reconocido al menor para concluir negocios válidos.

Si el principio personalista se coloca en el centro del ordenamiento jurídico con valor axiológico, se debería fomentar la posibilidad de que un menor, incluso perdiendo dinero, pudiera actuar sus propios intereses, con tal de que los mismos fuesen legítimos y merecedores de protección en razón a la edad del mismo.

En otro caso, sería, por el contrario, oportuna la aplicación de la sanción prevista por el Código civil, a fin de invalidar un contrato que no se demostrase estar en función del desarrollo de la personalidad del menor.

47 STANZIONE, P.: “I contratti del minore”, cit., p. 1247, quien hace notar que “es evidente que el fundamento de la capacidad de obrar, comúnmente situado en la exigencia de protección del menor y considerado de manera presunta idóneo para tutelar sus intereses, produce un resultado diametralmente opuesto. Por una especie de heterogénesis de los fines, de hecho, la norma del art. 2 CCI deja de ser un mecanismo de protección y se transforma en un instrumento de marginación: el menor, como el incapacitado, se convierte en el incapaz”.

48 Sobre este tema, DELL’UTRI, M.: “Il minore tra “democrazia familiare” e capacità di agire”, *Giurisprudenza italiana* (2008), p. 1568.

Por consiguiente, resulta necesario abandonar concepciones paternalistas del Derecho y afirmar que el menor es un individuo que debe ser considerado como un sujeto capaz de celebrar válidamente actos encaminados a alcanzar intereses merecedores de tutela en relación con su edad, a través de los cuales pueda ir desarrollando progresivamente su personalidad<sup>49</sup>.

Un exceso de tutela “estática”, que valore al máximo la protección del menor desde la perspectiva puramente patrimonial, es hoy anacrónica y poco idónea para potenciar su crecimiento personal; y ello, no sólo, porque precluye la posibilidad jurídica de que pueda celebrar contratos válidos, sino, porque, de hecho, disuade a los terceros de concluirlos con él.

Por el contrario, debiera privilegiarse una tutela “dinámica” del menor; que, de un lado, protegiese su patrimonio respecto de la posible celebración de contratos extraños a sus propios intereses; pero, de otro, le permitiera manifestar externamente sus necesidades y satisfacerlas, teniendo la posibilidad económica de hacerlo, a través de la conclusión de contratos válidos.

De aquí la necesidad de que, finalmente, tenga lugar un reconocimiento normativo de lo que frecuentemente acontece en la realidad y, en consecuencia, que los menores puedan expresar su propia voluntad en la conclusión de negocios que les atañan en primera persona y, a través de éstos, poder manifestar las peculiaridades de la propia personalidad e intentar desarrollarla<sup>50</sup>.

49 Sobre este punto RUSCELLO, F.: “Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia”, *Vita notarile* (2000), p. 73, el cual evidencia como “el acto, también de naturaleza negocial y patrimonial, podrá ser realizado por el menor con capacidad de discernimiento, en la medida en que sin su conclusión quedaría privado de un concreto ejercicio la situación existencial que [...] en todo caso debe ser garantizada”.

50 ALPA, G.: “I contratti del minore, Appunti di diritto comparato”, cit., p. 526, quien afirma: “desde un punto de vista realista es fácil constatar que los menores de hoy en día concluyen contratos de intercambio que no son inválidos. En la vida real el menor elige, contrata, concluye muchas relaciones negociales que, no siendo anulables o no pudiendo ya serlo por razones de prescripción, producen efectos. De ahí la alternativa de proseguir como si nada sucediese o de iniciar una discusión sobre la necesidad de modificar la disciplina legal”.

# LA UNILATERAL IMPERATIVIDAD DE LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO CHILENO \*

## THE UNILATERAL INVALIDITY OF THE ESSENTIAL INSURANCE REQUIREMENTS IN THE CHILEAN'S COMMERCIAL CODE

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 98-119*

\* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación que recibe las "Ayuda a la Investigación 2012" de la Fundación Mapfre en el marco del proyecto "Formación del contrato de seguro en la nueva ley del consumidor chilena y su última modificación del 2011, ley 20.555". También forma parte del proyecto de investigación, financiado por el Estado de Chile, Fondecyt Regular N° 1141220, titulado "El contrato de seguro como contrato de consumo. Examen crítico de su estructura y sistematización después de las reformas de la ley de protección del consumidor y el Código de Comercio." Y, finalmente, el también forma parte del proyecto Anillo-CONICYT, código SOC 1111. El autor desea expresar su agradecimiento más profundo a la colaboración prestada, en la investigación de las fuentes de este trabajo, a las ayudantes alumnas de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile: Adriana Villamizar y Claudia Villablanca.



Marcelo  
BARRIENTOS  
ZAMORANO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 12 de febrero de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** La norma de la imperatividad en el contrato de seguro, consagrada en el artículo 542 del Código de Comercio Chileno, tiene como consecuencia que la nulidad sobre requisitos esenciales del contrato sólo puede ser intentada por el asegurado, tomador o beneficiario del seguro.

**PALABRAS CLAVE:** Nulidad, imperatividad, seguro, tomador.

**ABSTRACT:** The rule of the nullity in the insurance's essential contract requirements, enshrined in Article 542 of the Chilean's Commercial Code, has the consequence that the nullity only be attempted by the insured, policyholder or beneficiary.

**KEY WORDS:** Nulity, insurance, insured, policyholder.

**SUMARIO.-** Introducción.- I. La imperatividad como forma de protección del contratante débil en un contrato de adhesión como el seguro.- II. Las normas de la imperatividad y la nulidad de la LPC a favor del asegurado, tomador o beneficiario.- III. De la relación entre el artículo 521 y el 542 del CCOM chileno.- IV. Aplicación práctica de la imperatividad en relación a los requisitos esenciales del artículo 521 del CCOM chileno.- V. Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

Las normas que rigen el contrato de seguro en Chile son de carácter imperativo, por regla general, desde la dictación de la ley 20.667, que comenzó a regir en diciembre de 2013 y que modificó el Título VII, del libro II, del Código de Comercio, en su integridad. Sus preceptos tienen ahora en Chile un carácter propio de la nulidad absoluta para promover la protección al asegurado, en todo el Código de Comercio (en adelante, CCOM), a no ser que la ley haya dispuesto otra cosa. En este sentido, aparece como evidente el intento del legislador de consagrar unas normas mínimas legales, dejando como válidas en los contratos las cláusulas más beneficiosas para el tomador o asegurado consumidor; las que por cierto tienen que constar en el mismo contrato o anexo a él, conforme reza el nuevo artículo 542 del CCOM.<sup>1</sup>

No puede pasar inadvertido el apoyo que reciben, en esta tarea de protección, de las normas de la ley de protección de consumidores chilena, ley 19.496 (en adelante, LPC) en especial, aquellas que se desprenden de las reformas producidas por ley 20.555, de diciembre de 2011, y que en lo no regulado expresamente por el Código de Comercio, debieran resultar plenamente aplicables, especialmente en lo relativo a los contratos de adhesión en los que el tomador o asegurado tengan la condición de consumidor; que será la regla general.<sup>2</sup> De esta manera, la protección

1 “Es una ley inspirada por el propósito de brindar protección a los pequeños y medianos asegurados, lo que se traduce en una multiplicidad de normas que los favorecen, las que además tienen carácter imperativo, con el propósito de evitar que dichas normas legales protectoras de los asegurados puedan ser convencionalmente eludidas.” CONTRERAS STRAUCH, O: *Derecho de Seguros*, 2ª ed. Santiago de Chile (2014): Editorial Legal Publishing, Thomson Reuters, pp. 18.

2 Como señala Nasser: “una aparente desprolijidad del legislador que llevó a cabo el trámite legislativo en ambas cámaras, al no coordinar las normas sobre arbitrajes y seguros en general con las que de forma paralela se habían aprobado –y se iban aprobando– en beneficio de los consumidores (recordemos que la ley N° 20.555 se publicó el 5 de diciembre de 2011), al menos con el fin de no caer en contradicciones, dificultades procesales, mayores costos para el consumidor de seguro, conflictos de interpretación o simplemente para procurar la deseable coordinación del ordenamiento jurídico.” NASSER OLEA, M: “Solución de controversias tras la entrada

• **Marcelo Barrientos Zamorano**

Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho con mención “Doctor Europeus”, Universidad de Salamanca, España. Magíster en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado. Correo mhzb@uc.cl

de los tomadores consumidores impone acoger, con estricto rigor, las disciplinas propias del Párrafo 4º, de la LPC, en cuanto establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores en Chile, tutelando las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión.

El espíritu de las nuevas reglas del Código de Comercio fue incorporar normas más detalladas sobre redacción de las cláusulas del contrato, y que los contratos de seguros incorporaran obligatoriamente la totalidad de las cláusulas contractuales llamadas en la ley “esenciales”. En efecto, el art. 521 del Código de Comercio chileno señala como requisitos esenciales del contrato de seguro: el riesgo asegurado, la estipulación de prima y la obligación condicional del asegurador de indemnizar. Expresa que la falta de uno o más de estos elementos acarrea la nulidad absoluta del contrato. Termina, en fin, señalando que son nulos absolutamente los contratos que recaigan sobre objetos de ilícito comercio y sobre aquellos no expuestos al riesgo asegurado o que ya lo han corrido.

Esta norma ha de interpretarse conjuntamente con la del artículo 542 CCOM: “Las disposiciones que rigen al contrato de seguro son de carácter imperativo, a no ser que en éstas se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario.” A nuestro juicio, una norma como esta tiene como efecto que la nulidad del artículo 521 del CCOM jamás podrá utilizarse por parte de la Compañía de seguros. Dos razones analizaremos en el presente trabajo para este aserto. En primer lugar, que esta es una consecuencia de que el contrato de seguros sea uno de adhesión y, en segundo lugar, porque por regla general la nulidad absoluta no puede ser invocada por aquel que sabía o debía saber el vicio que invalidaba el acto, conforme al artículo 1683 del Código Civil, debiendo, en consecuencia, darse validez a las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario.

## I. LA IMPERATIVIDAD COMO FORMA DE PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE DÉBIL EN UN CONTRATO DE ADHESIÓN COMO EL SEGURO.

En la historia de la ley<sup>3</sup>, se indica que respecto al artículo 521 “se establecen normas claras y precisas que regulan las situaciones que (...) producen la nulidad relativa del mismo y las que son causales de su nulidad absoluta”.<sup>4</sup> Dicha precisión

---

en vigencia de la nueva ley sobre contrato de seguros n° 20.667”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (coord. F. M. BARRIENTOS CAMUS), Cuadernos de análisis jurídico. Santiago de Chile (2014): Ediciones Universidad Diego Portales, p. 267.

3 Página 8 La historia de la norma se encuentra disponible en: [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl). [fecha de consulta: 10 de agosto de 2015].

4 Esta contradicción la explica Ríos Ossa: “Que [sic] duda cabe, los miembros de la primera comisión redactora no tenían considerado el régimen imperativo de las normas que regulan el contrato de seguro, a lo menos, en cuanto a las definiciones en el artículo 513 del C.com”. Ríos Ossa, R.: “Capítulo I”, en *El contrato de seguro*,

ordenadora busca la certeza jurídica de los contratantes y, muy especialmente, del asegurado.<sup>5</sup>

El efecto propio del contrato es vincular a las partes que lo ejecutan o celebran, pero no se puede soslayar que estos efectos se extienden en favor o en perjuicio de terceros, por lo que la protección de aquellos que están de buena fe resulta primordial para el ordenamiento jurídico en su conjunto. Es por ello que, entre otras razones, la nulidad de un contrato debe ser una situación completamente excepcional, perjudica relaciones en vías de prescribir, válidamente nacidas en apariencia, y sobre las que el derecho llama a actuar cuidando no desestabilizar.<sup>6</sup> Elimina las posibles consecuencias injustas de un negocio que, en contra de su normal validez, puede colocar al asegurado en un escenario lesivo a sus intereses, habiéndose perdido la causa o función para la cual contrató. Es inmodificable por las partes, salvo que se pretenda ampliar en beneficio del asegurado, tomador o beneficiario.

En este sentido, respecto a la nulidad del contrato de seguro, el legislador pretendió que la protección del consumidor-asegurado se dé aún en el caso de que éste entregase información falsa, pues se exige la presencia de dolo, que conforme al artículo 44 del Código Civil requiere de la "intención positiva de causar daño a la persona o propiedad de otro", lo que supone una carga mayor de prueba para el asegurador y dificulta la posibilidad de anulación.<sup>7</sup> Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que el contrato de seguro en el Código de Comercio "persigue dar protección a los pequeños y medianos asegurados, entendiendo que el seguro es un contrato de adhesión para gran parte de aquellos, cuya voluntad y poder de negociación se reduce a aceptar las condiciones preestablecidas por el asegurador u optar entre las alternativas que éste le ofrece y que previamente el Código de Comercio no se había ocupado suficientemente de regular, por tratarse en su mayoría de normas dispositivas"<sup>8</sup>

---

*comentarios al título VII, libro II del Código de Comercio* (dir. R. Ríos Ossa). Santiago de Chile (2015): Thomson Reuters La ley, p. 17.

- 5 Ríos Ossa opina que: "El criterio de imperatividad que se contiene en el artículo 542 del C.com. constituye, a nuestro parecer, el eje central de la reforma. El cambio de un régimen dispositivo a uno imperativo con una finalidad claramente protectora a favor de quien es considerado parte débil en la relación contractual, que surge de la celebración del seguro, impedirá a los aseguradores predisponentes alterar -por lo general- el contenido normativo legal. Ello provoca un efecto relevante en la actividad de los aseguradores y de la autoridad fiscalizadora, quienes deben ajustar su actuar a los parámetros de derecho necesario introducidos al Título VII del Libro II del C.com." Ríos Ossa, R.: "Capítulo I", cit., p.15 y 16.
- 6 Sobre ello, MARTÍNEZ-CÁRDENAS B.: "Protección del consentimiento y reglas especiales del consumo: la lucha interminable contra las cláusulas abusivas", en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (coord. F. M. BARRIENTOS CAMUS), Cuadernos de análisis jurídico. Santiago de Chile (2014): Ediciones Universidad Diego Portales, p. 70.
- 7 Página 133 de la historia de la ley 20.677. La historia de la norma se encuentra disponible en: [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl). [fecha de consulta: 10 de agosto de 2015]. En este sentido, CONTRERAS STRAUCH, O.: *Derecho de Seguros*, 2° ed. Santiago de Chile, (2014): Editorial Legal Publishing, Thomson Reuters, pp. 713 y 726.
- 8 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago "Zambrano y otros con Aseguradora Magallanes", de 29 de enero de 2015. Rol 9851-2014.

El art. 521 del CCOM se refiere a “requisitos esenciales” y al no haber en la historia de la ley reflexiones sobre la utilización del término “requisitos” o “elementos esenciales del contrato”, no cabe más que concluir que el vocablo utilizado en la ley responde a una falta de precisión del legislador; con lo cual se debe comprender que los términos “requisitos” y “elementos” son utilizados como sinónimos, aun cuando en la más estricta terminología jurídica no lo sean.<sup>9</sup> El riesgo asegurado<sup>10</sup>, la estipulación de la prima y la obligación condicional de indemnizar son los únicos tres elementos esenciales del contrato, con lo cual, ante la ausencia de uno de ellos, la sanción aplicable, por disposición de ley en el inc.2 del comentado artículo, es la nulidad absoluta.<sup>11</sup>

A nuestro juicio la aplicabilidad del artículo 521 estaría puesta en duda, si de la aseguradora estamos hablando. Entendemos que esto es así porque la carga de solicitar la información necesaria para la contratación del seguro del artículo 525 y la de información del 529 n° I del CCOM, son de cargo del asegurador y ello limita su posibilidad de solicitar nulidad. Lo manifiesta de esta manera la historia de la ley: “Para obligar a los contratantes a obrar con orden, seriedad y eficacia, se los hace solidariamente responsables (...) de los daños que experimenten los asegurados y quienes hayan solicitado su incorporación a la póliza, como consecuencia de errores, omisiones, inexactitudes o defectos en la gestión del seguro y particularmente por los que se produzcan como consecuencia de falta de información o de información extemporánea”.<sup>12</sup> Lo anterior, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 1176 que no exime al asegurado de entregar información relevante aún más allá de los cuestionarios entregados por el asegurador:

9 Conclusión derivada de la Página 128 del proyecto. Allí se señala que el artículo 521 fue aprobado por unanimidad. La historia de la norma se encuentra disponible en: [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl). [fecha de consulta: 10 de agosto de 2015].

10 En palabras de Veiga: “El riesgo en el contrato de seguro es cuando menos elemento fundamental. Incide en la causa del contrato y como tal es esencial. No importa la modalidad del seguro, la tipología, sin riesgo no hay seguro, tampoco interacción entre la responsabilidad civil y el seguro. Individualizar el riesgo no significa ni puede hacerlo, abstraerlo de otros elementos que participan en el contrato de seguro. En efecto, riesgo, interés asegurado, objeto y bienes asegurados, valores y sumas aseguradas, son, sobre todo en los seguros contra daños, elementos estrechamente interrelacionados y coligados.” VEIGA COPO, A.: “El riesgo: análisis y estudio crítico de la causa del contrato de seguro”, en *Derecho de daños 2013* (dir. M.J. HERRADOR GUARDIA). Madrid (2013): Thomson Reuters Aranzadi, p. 738.

11 Sobre los requisitos esenciales del artículo 521, vid. GALLARDO CAMUS, M.: “Artículo 521”, en *El contrato de seguro, comentarios al título VII, libro II del Código de Comercio* (dir. R. RÍOS OSSA). Santiago de Chile (2015): Thomson Reuters La ley, p. 243 y ss.

12 Página 6 de la historia de la norma 20.667, que se encuentra disponible en: [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl). [fecha de consulta: 10 de agosto de 2015]. Como bien apunta Nasser: “El artículo 57 del DFL N° 251 contempla la posibilidad de que un seguro pueda ser contratado directamente con la entidad aseguradora a través de un agente de ventas quien actúa por cuenta de una compañía de seguros y en tal circunstancia representa al asegurador. En este caso, recibe especial aplicación lo dispuesto en el inciso 4° del referido artículo 57, que pone de cargo del asegurador toda infracción, error u omisión del agente de ventas. En consecuencia, parece bastante claro que la obligación de proveer toda la información acerca de las coberturas, condiciones generales y particulares, exclusiones y, en general, toda la información del contrato señalada en la legislación especial y en las circulares de la SVS dirigidas al mercado asegurador (del cual el asegurador es primer actor) recaen de forma directa sobre la compañía aseguradora, quien responde en caso de contravención ante un juez de consumo.” NASSER OLEA, M.: “Solución de controversias”, cit., p. 276.

La limitación de la aseguradora, como legitimada activa, estaría en la regla general de la nulidad que señala que esta no puede ser invocada por aquel que sabe o debiera saber el vicio que lo invalidaba (artículo 1683 del Código Civil).

En materia de seguros, ha de asumirse que el carácter imperativo de estas normas supone que la modificación o derogación de aquellas que el predisponente del contrato haga en su favor, deberán además ser consideradas como cláusulas abusivas.<sup>13</sup> De esta manera, si interés y suma asegurada no coinciden, corresponde al juez tratar de proteger al asegurado como parte más débil de la relación contractual, declarando la validez de las cláusulas que le sean más beneficiosas. La regla de la validez de la condición contractual más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario, arranca desde la protección mínima legal del CCOM, de manera que son lícitas las cláusulas que mejoren la posición del consumidor-asegurado o el beneficiario, ya sea atribuyéndole otros derechos, o bien mejorando alguna de las condiciones de aquellas que ostenta legalmente.

Esto tiene importantes consecuencias para la industria aseguradora. En ningún caso las disposiciones del contrato podrán tener carácter lesivo para los asegurados en el contrato de seguro. Ha cambiado un principio que, antes de la reforma de la ley 20.667, era “sacrosanto” en el sistema de seguros chileno, aquel que señalaba que las pólizas registradas en la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante, SVS) eran norma fundamental para regular las relaciones entre las partes. Esto ha terminado. Como el contrato de seguro es uno de adhesión, ha de interpretarse como tal, y ya que se somete a las condiciones preconstituidas por el asegurador, no admite interpretaciones, alcances y efectos que se contraríen con el sentido beneficioso para el asegurado, el que aparece protegido en la normativa legal y de la que la administrativa emanada de la SVS debe ser puntualmente respetuosa.<sup>14</sup>

Piénsese, además, que al consagrar la imperatividad como forma de sanción, ella se vuelve indisponible para las partes previamente. No podría, en consecuencia, disponerse en el contrato de seguros, por parte de la aseguradora, una renuncia a

13 ARELLANO ITURRIAGA, S.: *La ley del seguro*. Santiago de Chile (2013): Legal Publishing Thompson Reuters, p. 19.

14 Bajo la actual normativa, de depósito y no registro de póliza, las condiciones generales, que son los textos de las pólizas tipo que deben utilizar las entidades aseguradoras en la contratación de los seguros, que contienen las regulaciones y estipulaciones por las que se rige el contrato respectivo no son, necesariamente, baluartes de la libertad contractual y expresión de la voluntad de ambas partes. Son, más bien, contratos de adhesión, revisables, todas, en sede jurisdiccional si se transgreden derechos del consumidor asegurado. No en vano, la actualmente vigente NCG 349 señala que: “En el primer artículo de la póliza, denominado “Reglas aplicables al contrato”, que será de carácter obligatorio, deberá señalarse lo siguiente: “Se aplicarán al presente contrato de seguro las disposiciones contenidas en los artículos siguientes y las normas legales de carácter imperativo establecidas en el Título VIII, del Libro II, del Código de Comercio. Sin embargo, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario.” Cuando el condicionado general incorpore regulaciones imperativas del Código de Comercio, deberá hacerse referencia al artículo que específicamente trate esa materia o transcribirlo textualmente.” [http://www.svs.cl/institucional/legislacion\\_normativa/normativa2.php?tiponorma=NCG&numero=349&dd=&mm=&aa=&dd2=&mm2=&aa2=&buscar=&entidad\\_web=ALL&materia=ALL&enviado=1&hidden\\_mercado=%25](http://www.svs.cl/institucional/legislacion_normativa/normativa2.php?tiponorma=NCG&numero=349&dd=&mm=&aa=&dd2=&mm2=&aa2=&buscar=&entidad_web=ALL&materia=ALL&enviado=1&hidden_mercado=%25) [fecha de consulta: 10 de agosto de 2015].

esta acción por parte del consumidor tomador del seguro. Varias son las razones para ello. Se pretendió por la intención del legislador, claramente manifestada en la historia de la norma, establecer mínimos determinados de derechos y facultades para los asegurados.<sup>15</sup> Además, entendemos que la renuncia a la acción de nulidad absoluta no está autorizada porque se trata de unos requisitos, en el caso del artículo 521 del CCOM, que la propia ley impone para el valor del contrato de seguro de acuerdo a su naturaleza, conforme dispone el artículo 1682 del Código Civil. Una cláusula de este tipo es nula porque los órganos judiciales no están vinculados a los pactos establecidos entre las partes, dado el carácter imperativo del artículo 521 del CCOM, ya que contraviene el derecho público chileno, conforme al artículo 1462 del Código civil y cuarto de la LPC expresamente consagra que: "Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores."<sup>16</sup>

## II. LAS NORMAS DE LA IMPERATIVIDAD Y LA NULIDAD DE LA LPC A FAVOR DEL ASEGURADO, TOMADOR O BENEFICIARIO.

La LPC que "establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores", vigente desde 1997, fue modificada en parte, en la materia que nos interesa, por la ley 20.555, que comenzó a regir el cinco de diciembre de 2011, y que "modifica ley n° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al servicio nacional del consumidor" (en adelante SERNAC).<sup>17</sup> En este cuerpo de normas esta el siguiente artículo:

"Artículo 17 E.- El consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B. Esta nulidad podrá declararse por el juez en caso de que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinar a favor del consumidor

15 Se trató de desterrar abusos que lamentablemente se detectan comúnmente, por parte de algunas compañías aseguradoras e intermediarios, con los tomadores de seguros. Se dijo en el Congreso, textualmente: "Es muy corriente que a los asegurados se les venda pólizas de seguro que no se adaptan a sus reales necesidades de cobertura, por montos inadecuados, que contienen coberturas innecesarias (riesgo de salida de mar para una casa ubicada en Santiago o un refugio en la nieve) y por el contrario, que no se le advierta respecto de los riesgos no cubiertos, como por ejemplo, que una póliza de seguro de incendio ordinario no cubre incendio a causa de terremoto. En todo caso en la inmensa mayoría de los casos el asegurado carece completamente de asesoría durante la contratación, al modificar o renovar las pólizas y principalmente al momento de reclamar el pago de un siniestro." Así en la historia de la norma que se encuentra disponible en: [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl). [fecha de visita: 16 de junio de 2015]. p. 95.

16 ESPADA MALLORQUÍN, S.: "Artículo 4°", en *La protección de los derechos de los consumidores*, Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores (dir. I. DE LA MAZA GAZMURI y C. PIZARRO WILSON, coord. F. BARRIENTOS CAMUS). Santiago de Chile (2013): Legal Publishing Thomson Reuters, pp. 195. Desde el punto de vista procesal, vid. NASSER OLEA, M.: "Solución de controversias", cit., p. 269.

17 Ley publicada en el D.O el 05 de diciembre del 2011. La historia de la norma se encuentra disponible en: [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl). [fecha de consulta: 12 de agosto de 2015].

Esta nulidad sólo podrá invocarse por el consumidor afectado, de manera que el proveedor no podrá invocarla para eximirse o retardar el cumplimiento parcial o total de las obligaciones que le imponen los respectivos contratos a favor del consumidor.”

Nos preguntamos ¿es compatible esta norma con las sanciones de nulidad del Código Comercio, relativas a la contratación de seguros entendidos como contratos de adhesión?

Si complementamos esta norma con las del Art. 16 de la LPC, respecto a las cláusulas abusivas, y la del art. 16 A y 17 E de la LPC respecto a la nulidad de algunas cláusulas en favor del consumidor que debe ser declarada judicialmente<sup>18</sup>, debieran siempre tenerse en cuenta las posibles infracciones a los deberes de información en la formación del contrato de seguro del Art. 17 B de la LPC.<sup>19</sup>

De esta manera, conforme al artículo 17 E “el consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B”. Es decir, infracciones del proveedor sobre información relativa al contrato y su ejecución en general, que no sean de aquellas que regula expresamente el Código de Comercio.<sup>20</sup>

18 En el mismo sentido, NASSER OLEA, M.: “Solución de controversias”, cit., p. 274.

19 Artículo 17 B, en lo pertinente:

“a) Un desglose pormenorizado de todos los cargos, comisiones, costos y tarifas que expliquen el valor efectivo de los servicios prestados, incluso aquellos cargos, comisiones, costos y tarifas asociados que no forman parte directamente del precio o que corresponden a otros productos contratados simultáneamente y, en su caso, las exenciones de cobro que correspondan a promociones o incentivos por uso de los servicios y productos financieros.

b) Las causales que darán lugar al término anticipado del contrato por parte del prestador, el plazo razonable en que se hará efectivo dicho término y el medio por el cual se comunicará al consumidor.

c) La duración del contrato o su carácter de indefinido o renovable automáticamente, las causales, si las hubiere, que pudieren dar lugar a su término anticipado por la sola voluntad del consumidor, con sus respectivos plazos de aviso previo y cualquier costo por término o pago anticipado total o parcial que ello le represente.

d) Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 17 H, en el caso de que se contraten varios productos o servicios simultáneamente, o que el producto o servicio principal conlleve la contratación de otros productos o servicios conexos, deberá insertarse un anexo en que se identifiquen cada uno de los productos o servicios, estipulándose claramente cuáles son obligatorios por ley y cuáles voluntarios, debiendo ser aprobados expresa y separadamente cada uno de dichos productos y servicios conexos por el consumidor mediante su firma en el mismo.

e) Si la institución cuenta con un servicio de atención al cliente que atienda las consultas y reclamos de los consumidores y señalar en un anexo los requisitos y procedimientos para acceder a dichos servicios.

f) Si el contrato cuenta o no con sello SERNAC vigente conforme a lo establecido en el artículo 55 de esta ley.

g) La existencia de mandatos otorgados en virtud del contrato o a consecuencia de éste, sus finalidades y los mecanismos mediante los cuales se rendirá cuenta de su gestión al consumidor. Se prohíben los mandatos en blanco y los que no admitan su revocación por el consumidor.

Los contratos que consideren cargos, comisiones, costos o tarifas por uso, mantención u otros fines deberán especificar claramente sus montos, periodicidad y mecanismos de reajuste. Estos últimos deberán basarse siempre en condiciones objetivas que no dependan del solo criterio del proveedor y que sean directamente verificables por el consumidor. De cualquier forma, los valores aplicables deberán ser comunicados al consumidor con treinta días hábiles de anticipación, al menos, respecto de su entrada en vigencia.”

20 Como señala Pasquau desde la experiencia española: “Hay dos características muy propias de la generalidad de las normas de protección de consumidores que ponen tierra de por medio entre éstas y la naturaleza de las normas más clásicas de derecho común: el automatismo y su carácter imperativo. En la genética de los derechos de los consumidores está la necesidad de un armazón indisponible por la autonomía de la voluntad, y su simplicidad, a fin de que, por un lado, el nulo poder negociador del consumidor no frustre el fin de protección

Es esta una poderosa herramienta, para algunos demasiado drástica<sup>21</sup>, del consumidor tomador ante la redacción de cláusulas ambiguas, equívocas o que representan un desmedro de sus derechos en relación a requisitos esenciales del contrato de seguro, puede servir para anular una o varias cláusulas incluso parcialmente. Claramente sólo él es legitimado activamente para incoar la acción, lo que descarta acciones colectivas del artículo 58 letra g) o por intereses colectivos y difusos del artículo 50 de la LPC.

Interesante, en cualquier caso, parece la facultad que en este punto se da al tribunal de modificar el contrato celebrado, ya que el artículo 17 E señala, en su inciso primero, que: "Esta nulidad podrá declararse por el juez en caso de que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinar a favor del consumidor." Para Ríos, "el silencio de Código de comercio se suple en la LPC. En su artículo 17E, contempla una regla especial de nulidad de la cláusula o estipulaciones defectuosas, y la adaptación del contrato el contrato según los casos. Si consideramos la aplicabilidad de las normas de la LPC a todos tipo de seguros, frente a una defectuosa o incompleta información entregada por el asegurador al tomador; que provoque un defecto o vicio en la voluntad de este último, procede la nulidad en los términos de los artículos 17E."<sup>22</sup> No creemos que se trate tanto de suplir lo no especificado en un contrato de seguro como, más bien, incorporar deberes, alejando al predisponente asegurador de la autonomía privada total en la redacción de los requisitos esenciales del contrato del artículo 521 del CCOM.

En el derecho tradicional de protección del consumidor las cláusulas se anulan, esta facultad de modificación traspasa y sublima el principio *pacta sunt servanda* por completo, haciendo que la voluntad de las partes quede postergada frente a la orden de un tribunal que, invadiendo la órbita de lo pactado, cambia lo acordado y lo dota de fuerza obligatoria entre las partes. Nos preguntamos si no informar sobre si la letra f) del artículo 17 B) del LPC, en lo pertinente: "f) Si el contrato cuenta o

---

con cláusulas de renuncia, y a fin de diseñar los derechos de manera que puedan fácilmente ejercitarse ante los tribunales en caso de incumplimiento por la parte profesional, sin que delicados problemas de interpretación o de apreciación disuadan al consumidor de interponer la demanda o de reclamar con convicción su derecho". PASQUAU LIAÑO, M.: "La protección de los consumidores y Código civil: ¿Integración o distinción?", en *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España: incluye la propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos* (coord. por K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, M<sup>a</sup> L. PALAZÓN GARRIDO, M<sup>a</sup> DEL M. MÉNDEZ SERRANO), Madrid (2011): Atelier, p. 496.

- 21 PIZARRO WILSON, C.: "Artículo 17 E", en *La protección de los derechos de los consumidores*, Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores (dir. I. DE LA MAZA GAZMURI y C. PIZARRO WILSON, coord. F. BARRIENTOS CAMUS). Santiago de Chile (2013): Legal Publishing Thomson Reuters, pp. 441 y ss.
- 22 RÍOS OSSA, R.: "Pre-contractual Information Duty of the Insurer", en *Insurer's Precontractual Information Duty*, Publisher: Sigorta Hukuku Türk Derneği. Istanbul (2014): Aida Turkey, p. 34.

no con sello SERNAC vigente conforme a lo establecido en el artículo 55 de esta ley.’, puede habilitar a declarar nulidades o autorizar a modificar una cláusula.<sup>23</sup>

En nuestro concepto todo esto tiene elementos dispersos y desmedidos, gracias a la desprolijidad del legislador comercial chileno. Dejó demasiado abierta a la discrecionalidad del juez una atribución que debiera usarse con especial cuidado para no perjudicar a los tomadores de seguros, aquellos que ante un dato menor pueden ver declarado nulo todo el contrato, con las consecuencias patrimoniales que el efecto restitutorio siempre genera. La nulidad para atacar un clausulado injusto es un arma que debiera limitarse a casos graves o de obligaciones principales y no accesorias. Lo contrario es simplemente entorpecer el tráfico jurídico innecesariamente. Es de esperar que esta facultad sea usada con especial cuidado por los jueces, no olvidando que, por excesivamente proteger al tomador de un seguro, se puede acabar perjudicándolo severamente, *summa iura summa iniuria* nunca es aconsejable, menos en este caso. Como bien señala un autor, la configuración del Derecho de consumo como un Derecho imperativo y disuasorio, a veces con carácter sancionador, invita a que el mejor instrumento jurídico para combatir las cláusulas abusivas sea la nulidad, de eso no quedan dudas, pero el Derecho comparado demuestra que no siempre se utiliza el término nulidad para negar la eficacia a las cláusulas abusivas. En sintonía con los términos que se utilizan, se habla entonces de ineficacia o nulidad parcial del contrato, que pareciera ser lo más apropiado a los propios intereses del tomador de seguros.<sup>24</sup>

No hay que olvidar que, además, ésta facultad en materia de seguros puede ser muy riesgosa. La revisión del contenido contractual se desarrolla como un control legal y judicial al margen de la solicitud del adherente, de la contienda concreta y del

23 Tal y como señala Nasser: “Si bien es cierto que la lista del artículo 17 B se refiere preferentemente a cuestiones financieras o de crédito al consumidor más que a coberturas por siniestros o interpretación de las pólizas, condicionados, etcétera, la jurisdicción competente para conocer de la acción anulatoria en dichos contratos es la que se ejerce ordinariamente ante el juez de Policía Local y no ante un árbitro. Si se trata de acciones colectivas, conocerá un juez de letras.” NASSER OLEA, M.: “Solución de controversias”, cit., p. 272. En el mismo sentido, “[T]ambién es posible que un grupo de asegurados consumidores o una asociación de consumidores, eventuales perjudicados colectivamente por actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de sus derechos como consumidores.” CONTRERAS STRAUCH, O.: *Derecho de Seguros*, cit., pp. 731.

24 ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control”, en *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional* (coord. S.A. SÁNCHEZ LORENZO). Madrid (2013): Editorial Aranzadi, p. 180.

Esta misma perspectiva se tuvo en Chile, al momento de discutir la ley en el Congreso. Osvaldo Contreras, en su intervención señala: “Existe a nivel de derecho comparado el principio de protección al consumidor asegurado y de restricción de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en materia de seguros. Esta protección surge de la aplicación de legislaciones generales sobre consumo o de normas mercantiles específicas para el sector asegurador usualmente contenidas en leyes sobre el contrato de seguro. En algunas jurisdicciones, el régimen es dual. Coexisten las regulaciones sobre defensa del consumidor y las regulaciones sobre el contrato de seguro. El estatuto legal protector del asegurado suele ser de carácter imperativo. No se admite, como lo contempla el Artículo 542 del proyecto de ley, un pacto en contrario. La obligatoriedad de estas leyes protectoras del asegurado encuentra su justificación en la calificación del tomador del seguro como un “contratante débil”. Se considera que el asegurado es la parte débil en el contrato de seguro, entendida esa debilidad en el sentido económico y de conocimiento técnico, respecto de la compañía de seguros. Lo anterior en el contexto de un contrato típico de adhesión como lo es el contrato de seguros” Véase historia de la ley N° 20.667, pp. 102 y 103. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) [Fecha de consulta, 28 de agosto de 2015].

consentimiento o conocimiento del contratante más débil de la concreta cláusula que se cuestiona.<sup>25</sup> En efecto, podría eventualmente surgir un problema en relación a la comunidad de riesgo, que podría verse alterado con una acción de nulidad acogida. El contrato de seguro plantea siempre una necesidad del asegurador de conocer el riesgo previamente con varios fines, entre ellos el de poder apreciarlo en sus aspectos jurídico y técnico, cuidando, en definitiva, la comunidad de riesgos y la sociabilización del mismo entre varios sujetos.

Si un juez declara nulidad, total o parcial de los contratos en virtud de la norma del artículo 17 E de la LPC, podría dejar en serio riesgo este precario equilibrio que sólo se materializa en el contrato de seguro y que está latente tras el conjunto de pólizas que sociabilizan un riesgo. Ello podría comprometer seriamente la cobertura de otros siniestros. En este aspecto, es claro que la actividad de aseguramiento se asemeja fuertemente a las contingencias cubiertas por una mutualidad. Tal y como expresa VEIGA, "cuanto mayor sea la homogeneidad en la asunción de los riesgos, riesgos análogos, comunidad de riesgos, mejor será la cobertura y su tarificación, pues la probabilidad va unida a la globalidad, no al caso aislado o individual en el que no caben las compensaciones ni las leyes de los grandes números".<sup>26</sup>

### III. DE LA RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 521 Y EL 542 DEL CCOM CHILENO.

El inciso primero del artículo 542 del Código de Comercio<sup>27</sup>, expresa, en relación al carácter imperativo de las normas del Título VIII del Código de Comercio, que: "Las disposiciones que rigen al contrato de seguro son de carácter imperativo (...). No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario."<sup>28</sup> A nuestro juicio, las normas de este artículo representan un mínimo legal sobre el cual se pueden estipular convenciones si ellas, exclusivamente, resultan beneficiosas para el consumidor adherente y tomador de seguros.<sup>29</sup>

25 Problema que se extiende desde el derecho del consumo. En la misma forma en: BALLUGERA GÓMEZ, C.: *El contrato no-contrato*, Director de la Tesis: Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, p. 222. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/elcontrato-nocontrato-presentacionycapituloprimero.pdf> (2005): [Fecha de consulta, 29 de agosto de 2015].

26 VEIGA COPO, A.: *Tratado del Contrato de Seguro*. Madrid (2009): Civitas-Thomson Reuters, p. 103.

27 Norma idéntica a la ley española. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, donde en su art. 2 se proclama el carácter imperativo de sus disposiciones. BATALLER, J., LATORRE, N. y OLAVARRIA, J.: *Derecho de los Seguros Privados*. Madrid (2007): Editorial Marcial Pons, p. 27.

28 Este precepto tiene su precedente en el ordenamiento jurídico italiano. El artículo 1.932 del Codice civile de 1942 dispone que sus disposiciones imperativas "non possono essere derogate se non in senso più favorevole all'assicurato" y que "le clausole che derogano in senso meno favorevole all'assicurato sono sostituite di diritto dalle corrispondenti disposizioni di legge". Dos efectos de naturaleza jurídica tendría esta norma a priori: "1) que el asegurado no tiene un derecho preexistente a ser asegurado de una determinada manera o por unos determinados riesgos; y 2) que por tanto los derechos del asegurado, en lo que se refiere al riesgo cubierto, nacen del propio contrato, de manera que no se puede limitar por el contrato un derecho del asegurado que es inexistente hasta ese mismo momento." GEMENO MARIN, J. R.: "Condiciones generales y contratos de seguro", en *Revista Española de Seguros*, núm. 117 (2004), p.93.

29 Es la regla *contra proferentem* la que introduce el punto de vista del interés del adherente, es decir, el punto de vista moral en la interpretación. Como ese interés se halla en la duda tiene una existencia moral, es un deber

Se entiende que el legislador comercial ha considerado este sesgo imperativo como presupuesto necesario y evidente de que la norma tenga eficacia. Puede decirse, en consecuencia, que el alcance de la oración “se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario” no sólo es sobre aquellas cláusulas textualmente incorporadas al contrato, sino que también aquellas que se desprendan de la conducta que hayan desarrollado las partes durante la vigencia del mismo.<sup>30</sup> El tomador consumidor o su beneficiario, podrá solicitar la declaración de nulidad cuando en el contrato se vulnere una norma imperativa del CCOM en materia de seguros. En tal caso, no se podrá alegar por parte de la aseguradora que ha de aplicarse la doctrina de los “actos propios” o que se ha validado por la firma de las partes en el contrato porque se trata de un contrato de adhesión. En consecuencia, debiera aplicarse el artículo cuatro de la LPC, en cuanto no son renunciables los derechos de los consumidores previamente. Tampoco podría sostenerse un argumento de validación tácita de la relación contractual por parte de la aseguradora, porque lo realizado trasciende la esfera voluntarista negocial u obligacional ya que afecta o quebranta la aplicación de una norma positiva de carácter imperativo en el CCOM como la del artículo 542.<sup>31</sup>

A nuestro entender, se ha materializado en el contrato de seguros chileno una exclusión de la autonomía de las partes que afecta sólo a un lado de esa relación jurídica, ya que hoy existe una unilateralidad de la imperatividad a favor del tomador.

Es destacable que el artículo 542 del CCOM sea un paradigma en sí misma, no una regla de interpretación del contrato de seguros, se trata en definitiva de

---

ser, no existe en la realidad, para ser real, y sólo puede ser real como ley privada, tiene que cobrar su existencia descalificando el abuso. Este punto de vista es también el de la buena fe, en este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1 (2000) p. 28.

- 30 Explica BARRÓN DE BENITO que “[U]na aplicación de esta doctrina de la cláusula deducida del comportamiento de las partes se contiene en la sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1.985 (Ponente: Excmo. Sr. Moreno Moreno), que estimó que el hecho de que la aseguradora reclamase la prima impagada, dentro del plazo de seis meses previsto en el párrafo segundo del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro, implicaba que “daba como vigente la póliza” y constituía una condición más beneficiosa que la norma que imponía la suspensión de cobertura. BARRÓN DE BENITO, J. L.: *Condiciones generales de la contratación y contrato de seguro*. Madrid (1999): Dykinson, p. 29.
- 31 Para el caso de España: “La imperatividad, pues, no se lleva hasta sus últimas consecuencias, sino que la medida se pone una vez más al servicio del asegurado dejando actuar a la autonomía de la voluntad únicamente cuando puede aportarle algún beneficio, pero siempre dentro del ámbito de las normas de *ius cogens* y sin entrar en contradicción con los principios esenciales del seguro que implicasen una desnaturalización del contrato (...) cuando la Ley se refiere a cláusulas más beneficiosas para el asegurado ha de entenderse en el sentido de reportar algún provecho o utilidad que no ha de ser necesariamente una ampliación de derechos, sino que puede consistir en una disminución de las cargas y deberes que al asegurado corresponden como parte de la relación contractual. En todo caso, parece claro que si la justificación de la imperatividad de los preceptos de la LCS se encuentra en ese afán protector, no parece lógico que tal principio vaya contra sí mismo, careciendo de sentido la prohibición de cláusulas contractuales si benefician al asegurado y siempre que se dicten en el ámbito legalmente permitido. Esto nos lleva al aspecto negativo de este enunciado del artículo 2; la determinación de lo que aun siendo beneficioso para el asegurado no podría ser admitido en los márgenes de la Ley. Así, se entiende la imposibilidad de asegurar el dolo (art. 19 LCS) o que se pueda cubrir el riesgo de suicidio del asegurado antes de que transcurra el plazo de un año establecido en el artículo 93; tampoco se admitiría la posibilidad de satisfacer indemnizaciones superiores al valor del interés asegurado.” PEÑAS MOYANO, M. J.: *La Protección del asegurado: [análisis de la problemática derivada de la pluralidad de normas aplicables]*. Madrid (1999): McGraw Hill, p. 31.

una regla de validez del mismo. La imperatividad actúa como garante de validez de este contrato. En efecto, esta es una regla peculiar que atempera y hace decaer a la nulidad que anuncia en su primera parte, porque no la considera eficaz para el conjunto del ordenamiento ni los intereses de los tomadores en todos los casos en que pudiera aplicarse. La nulidad es demasiado radical, no es necesariamente defensora del interés general y puede resultar perjudicial a quien quiere proteger.<sup>32</sup> Sin embargo, al declarar la nulidad lo que hace es establecer, irrenunciablemente, una norma de equilibrio, eficaz frente al redactor del contrato de seguro.

Al igual que ocurre con la norma que le inspiró, la Ley de Contrato de Seguros española<sup>33</sup>, ella “se inserta dentro de la corriente legislativa imperante en Europa que dota de carácter imperativo a sus preceptos, salvo que el acuerdo alcanzado por las partes resulte más beneficioso para el asegurado. Se proporcionan, de esta forma, unos derechos que, como mínimo, han de reconocerse a los asegurados.”<sup>34</sup> Esto en Chile se complementa con un conjunto de leyes que han modificado la Ley de protección de los consumidores, donde autonomía de la voluntad tiene impactos,

32 Como señala CARRASCO PERERA: “El Derecho imperativo legislado (...) puede cumplir marginalmente funciones de integración contractual, pero su desempeño adecuado es garantizar la vigencia de las normas legales de orden público frente a los pactos privados. La buena fe, en fin, cumple una función más difusa. Es, evidentemente, un recurso para integrar contratos lagunosos.” CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Contratos*. Madrid (2010): Aranzadi Thomson-Reuters, p. 21.

33 En materia de imperatividad de la Ley de Contrato de Seguro se sigue una línea uniforme, permitiendo el juego de la autonomía de la voluntad allí donde resulte beneficioso para el asegurado. El beneficio para el asegurado puede derivar del contenido expreso de una cláusula contractual o deducirse de la conducta del asegurador (STS de 28 de noviembre de 1985 [Social]. Arz. 1985/5880), así en BATALLER, J., BOQUERA, J. y OLAVARRIA, J.: *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)*, 1ª ed., Valencia (2013): Tirant lo Blanch, p. 39. En el mismo sentido, VEIGA COPO, A.: §26. “Contrato de Seguro”, en *Tratado de Contratos*, 2ª ed. (dir: R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo V, Sección Tercera, De Los Contratos Sectoriales. Valencia (2012): Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 6521 y ss.

34 BATALLER, J., LATORRE, N. y OLAVARRIA, J.: *Derecho de los Seguros Privados*. Madrid (2007): Marcial Pons, p. 35 y 169 y ss. En Chile no aparece clara, gracias a la ley 20.416, llamada comúnmente estatuto PYME, la distinción que al parecer sí puede hacerse en España entre consumidor y asegurado. En ese país, como señala Bataller *et al*: “El término asegurado no es sinónimo del de consumidor, regulado por la LGDCU. La calificación de asegurado depende, exclusivamente, de la relación aseguradora mientras que consumidor es la persona física o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final, 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 o suministran (art. 1 LGDCU).

La consideración del seguro como contrato de adhesión, en el cual el asegurado es la parte débil, aconsejaba en el momento de promulgación de la LCS esta opción legislativa de proteger al asegurado sin más, con independencia de si es o no consumidor. Las entidades aseguradoras aparecen investidas en el complejo sector seguros, de una pericia técnica particular que se sitúa muy por encima de lo que puede considerarse habitual respecto del contratante medio. En definitiva, la protección dispensada por la LCS se alcanza por tener la condición de asegurado.

Ahora bien, resulta pacífico afirmar que cuando la LCS establece un régimen protector para el asegurado no utiliza este concepto atendiendo a criterios técnicos, sino de un modo amplio, comprensivo de las diferentes posiciones que conforman «el otro lado» del contrato de seguro, preservándose, así, las posiciones de asegurado, tomador y beneficiario.” En el mismo sentido, BARRÓN DE BENITO, J. L.: *Condiciones generales de la contratación y contrato de seguro*. Madrid (1999): Dykinson, p. 27 y ss. quien señala en la nota 18: “Algunos autores, con acierto, destacan que el carácter imperativo de la Ley de Contrato de Seguro puede considerarse, en principio, como excepcional, toda vez que, como regla general, el ordenamiento jurídico regula el Derecho de los contratos con normas dispositivas [cfr. SÁNCHEZ CALERO, F.: “Sobre la imperatividad de la Ley de Contrato de Seguro”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación. Madrid (1996): Civitas, p. 2985; y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4ª ed., vol. I. Madrid (1993): Civitas, pp. 334 a 336).

pero muchísimos más limitados que los que había antes de la reforma de la ley 20.667 y 20.555 en el contrato de seguro.

El seguro, por supuesto que conserva elementos de libertad para las partes, pero sujetos a los órdenes de protección que se han creado por el legislador. Sólo es admisible la renuncia al orden de protección, y la primacía de la cláusula más favorable al tomador del seguro, si se establece un equilibrio contractual que mejore el nivel mínimo de protección establecido por la propia norma, nivel que es inderogable en perjuicio del adherente y, por lo tanto, absolutamente imperativo.<sup>35</sup> En este sentido, pareciera ser otro el objetivo del legislador al acudir a la imperatividad, la que desde el punto de vista económico es justificable para, entre otras cuestiones: salvaguardar la toma de decisiones racional de las partes en el curso de la formación contractual; internalizar costos externos y evitar la externalización de costos en el primer caso; ofrecer incentivos para la resolución de las asimetrías de la información; evitar una información o señalización excesiva y erradicar o mitigar monopolios y otras distorsiones de la competencia.<sup>36</sup>

Sin embargo, hay un elemento más que hace a la ley Chilena más exigente en lo que a imperatividad se refiere. La imperatividad de la ley española está matizada, la de la ley chilena, no. En efecto, en España hay tres excepciones: el carácter dispositivo de algunos preceptos; la posibilidad de que las partes pacten cláusulas más beneficiosas para el asegurado y; la primacía de la autonomía de la voluntad en la contratación de los denominados llamados “grandes riesgos”. En Chile, no es así. El artículo 542 CCOM sólo señala: “Exceptúanse (sic) de lo anterior, los seguros de daños contratados individualmente, en que tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento, y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo”<sup>37</sup>

Es claro, entonces, que esta facultad de declarar nulidad buscando la subsistencia del contrato con las restantes cláusulas o, en su defecto, aquella que permite al juez

35 BALLUGERA GÓMEZ, C.: *El contrato no-contrato*, cit., p. 391.

36 EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H. C., JANSEN, I., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R.: “Hacia una revisión del *acquis de consumo*”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores* (ed. S. CAMARA LAPUENTE). Madrid (2012): Civitas Thomson Reuters, p. 114.

37 Sobre las consecuencias, RÍOS OSSA, R.: “La imperatividad de las normas que regulan el contrato de seguro en el ordenamiento jurídico chileno y el control de contenido del contrato: ¿cambio radical en el sistema de aseguramiento?”, en *Estudios de Derecho Comercial - Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (coord. E. JEQUIER LEHUEDÉ). Santiago de Chile (2014): Editorial Thomson Reuters La Ley, Legal Publishing, pp. 49 y siguientes. En el mismo sentido en RÍOS OSSA, R.: “Artículo 542”, en *El contrato de seguro, Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (dir. R. RÍOS OSSA). Santiago de Chile (2015): Thomson Reuters La Ley, p. 468 y ss. Toso opina que: “podría generarse alguna confusión acerca de cómo coordinar el carácter imperativo de las normas del contrato de seguro de transporte terrestre en aquellos supuestos en que deba aplicarse la regulación del seguro marítimo, que da un amplio espacio a la autonomía de la voluntad (artículo 1159 C.com.). Sin embargo, este escenario no se presentará con frecuencia, ya que las normas referidas específicamente al contrato de seguro de transporte terrestre en el C.com. (artículos 575 a 577) ya dan un amplio espacio a la voluntad de las partes.” TOSO MILOS, A.: “Artículo 577”, en *El contrato de seguro, comentarios al título VII, libro II del Código de Comercio* (dir. R. RÍOS OSSA). Santiago de Chile (2015): Thomson Reuters La Ley, p.684. En igual sentido, CONTRERAS quien señala que esta es una excepción. CONTRERAS STRAUCH, O.: *Derecho de Seguros*, cit., p. 505.

ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes en la LPC, sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinar a favor del consumidor; debe ser utilizada con extremo cuidado por el juez que conozca de una causa en la que se solicite modificar el contrato de seguro.

Nos parece que el juez es también un destinatario de la imperatividad declarada por el legislador, porque su inobservancia por las partes provocará que la sentencia que desconozca este carácter pueda ser recurrida vía el recurso de casación. Así, por ejemplo, la definición del riesgo está establecida por el mismo legislador y, ya que el artículo 542 del CCOM declara imperativos todos los preceptos, no podría alterarse ni interpretarse fuera del marco que da la ley conforme al artículo 513 letra "t): Riesgo: la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario o una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero."

En consecuencia, el artículo 542 del Código de Comercio resguarda las reglas sobre la formación del contrato para los tomadores de seguros, en la medida en que esas reglas garantizan un momento de racionalidad e independencia en la decisión de asegurarse, como ocurre con el artículo 521 del CCOM. En consecuencia, si existieran dudas en la interpretación de un contrato de seguro, no se deberá favorecer a la parte que ha ocasionado esa duda al redactar el contrato. Es, la imperatividad, una custodia de la autonomía de la voluntad, no la elimina, más bien fija su espectro de acción contractual y la reafirma en ese perímetro.<sup>38</sup>

#### IV. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA IMPERATIVIDAD EN RELACIÓN A LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL ARTÍCULO 521 DEL CCOM CHILENO.

En un fallo de la Corte Suprema una aseguradora pretendía exonerarse de su deber de cumplir con el pago de la cobertura ofrecida, con base a un eventual incumplimiento del asegurado, de otorgar información referente al riesgo. No obstante ello, se determinó que existía responsabilidad de la aseguradora en razón de la forma en que formuló las preguntas, y por tanto, que no existía motivo suficiente para alegar la nulidad del contrato y justificar su incumplimiento. La alegación de la demandante se fundó en el pronunciamiento del tribunal de primera instancia, en tanto "pese a que la demandada opuso como defensa la nulidad del contrato de

38 En España, varios precedentes consistentes en el tiempo hacen esta interpretación. La STS 7 enero 2010 (Roj 1848/2009), siempre en la misma línea apuntada, argumenta: "La falta de claridad, por tanto, no debe perjudicar al asegurado, puesto que no la ha producido y la regla de interpretación de las cláusulas oscuras prohíbe que la oscuridad favorezca a la parte que la hubiese ocasionado (artículo 1288 CC, así como el artículo 5:103 PECL, que consagra un aspecto de esta norma, cual es la regla contra proferentem). / Por tanto, no puede el asegurador aprovecharse de la cláusula oscura que él mismo ha introducido...". En el mismo sentido STS 20 abril 2011 (Roj 3137/2011): "...resulta, cuanto menos complicado defender, aún de modo subsidiario, la literalidad de la cláusula litigiosa junto con la oscuridad de la misma que conforme al referido artículo 1288 CC no podrá favorecer a quien haya impuesto su contenido (SSRS 6 mayo 2010 [...], 22 de diciembre de 2010...)". Textos también destacados MARTORELL ZULUETA, P.: "La protección del asegurado desde la perspectiva jurisprudencial", en *Supervisión en seguros privados hacia solvencia II Actas del Congreso de Ordenación y Supervisión en Seguros Privados*. Valencia (2013): Tirant Lo Blanch, Valencia, 15 y 16 de septiembre de 2011, pp. 652 y ss.

seguro, la sentencia rechazó la demanda entendiendo válido el contrato de autos, por lo que las obligaciones que contiene eran exigibles y, entre ellas, la de pago del monto asegurado por haberse verificado el siniestro que lo hacía procedente<sup>39</sup>.

La industria aseguradora ha asimilado, en su gran mayoría, estas reglas. La SVS, mediante oficio, ha señalado que si por una condición particular se pacta la renovación tácita, ella no puede usarse a favor de la propia Compañía, quien está en la posición jurídica de obligada a dar cumplimiento a aquella condición particular. Así en un caso, el asegurado continuó pagando primas, pese a no haber dado su consentimiento expreso a la renovación, en forma ininterrumpida, en circunstancias que la primitiva póliza se encontraba terminada anticipadamente por la compañía, situación que no podría sino ser atribuida a la responsabilidad de la misma Compañía o del Corredor; pero que en ningún caso podría ser oponible o imputable a la asegurada. En este caso, al haberse emitido dos pólizas, sin dar aviso de término de una de ellas al corredor, no habiéndose cumplido la condición de renovación y, al haber ellas seguido generando cobros de primas, no puede la Compañía decir que el contrato no fue renovado ni excusarse de pagar el siniestro ocurrido si por condición particular así lo había pactado.<sup>40</sup>

En el mismo sentido, en una resolución del Defensor del asegurado<sup>41</sup>, se señaló que “la controversia sometida a la decisión de este Defensor está centrada en la validez de la decisión de no renovar automáticamente a su vencimiento la póliza de seguro contratada por el señor Iván Quezada Viera y, en consecuencia, en la procedencia de la liquidación del siniestro denunciado por éste estando en desconocimiento de la terminación de su contrato.” Se debía resolver si la falta de uno de los datos para la individualización del vehículo, en este caso su placa patente, es o no un requisito cuya falta pudiera liberar a la aseguradora de sus responsabilidades contractuales, de acuerdo a lo prescrito en el acuerdo de renovación automática de la póliza.

En este contrato de seguro se señalaba, en las Condiciones particulares, que “El contratante y/o asegurado faculta expresamente a Mapfre Compañía de Seguros para que renueve automáticamente este contrato”. Razona el defensor que “el asegurado proporcionó oportunamente a Mapfre Compañía de Seguros Generales de Chile S.A. los antecedentes que le permitieron a ésta identificar claramente el riesgo; por tanto, el contrato de seguros nació a la vida jurídica válidamente generando los derechos y obligaciones que le son inherentes. Y si las partes consintieron en

39 *Molina Magofke, Rodrigo J. cl Ohio National Seguros de Vida S.A (2012): Corte Suprema de Santiago, 26 de octubre del 2012 Pp. 2. Disponible en: <http://cl.microjuris.com/clJurisAdvSearch.jsp>*

40 Oficio a Mapfre seguros Oficio electrónico, puede revisarlo en <http://www.svs.cl/validar/oficio/Folio201430139444778GGegAzXOFGKCjRVHPiNpZwtZskeOe> [fecha de consulta: 10 de septiembre de 2013].

41 Resolución sobre el Reclamo 02-1532-2012 presentado por el señor Iván Quezada Viera en contra de MAPFRE Compañía de Seguros Generales de Chile S.A., por la no renovación automática de su Póliza de Seguros para Vehículos Motorizados N2 801-11-00143334.

el mantenimiento de una relación continua por un periodo de tiempo indefinido, puesto que no se estipuló la cantidad de renovaciones que pudiera experimentar el contrato, se hace imprescindible considerar la buena fe del asegurado quien quedó inadvertidamente en situación de desamparo en lo referido a la cobertura de su vehículo. Acertada resulta esta interpretación a nuestro juicio pues la delimitación del riesgo asegurado no puede o no debe abarcarlo todo por múltiples que sean la cobertura, tal y como expresa Veiga, ya que un elemento diferente es el grado de conocimiento del tomador del seguro sobre las coberturas reales y explícitas del contrato que ha perfeccionado.<sup>42</sup> La falta de identificación de la placa patente del vehículo no es un requisito cuya falta pudiera liberar a la aseguradora de sus responsabilidades contractuales, porque el riesgo sí está individualizado con miras a su eventual individualización, se trata de un vehículo con unas determinadas características. Cabe agregar que la póliza no consideró expresamente la posibilidad ni las consecuencias de no aplicar la renovación automática de ésta y al no hacerlo la compañía faltó simplemente al comentado acuerdo. Y si ella decidió no renovar la póliza, el hecho podría asimilarse a una cancelación anticipada, como estaba en su derecho hacerlo por la facultad que le otorga el inciso tercero del artículo 27 del contrato, pero en este caso tuvo que habérselo notificado al asegurado en los términos que lo exige dicha disposición: "La compañía, a su vez, podrá poner término al contrato en cualquier momento, en cuyo caso tendrá derecho sólo a la proporción de la prima contratada que comprende al periodo efectivamente cubierto por el seguro. En este caso deberá avisar al asegurado por carta certificada remitida al domicilio de éste indicado en la póliza, y la terminación tendrá lugar transcurrido el plazo de 10 días contados desde la fecha de expedición del aviso." lo que, está visto, no ocurrió.

Agrega el Defensor del asegurado que: "El sentido lógico de esta exigencia es permitir al asegurado adoptar oportunamente las decisiones que él crea necesarias disponiendo de un tiempo razonable para contratar otra póliza que proteja el bien si así él lo resolviera; al notificarlo en tales términos se tendrá la seguridad de que él tomó oportuno conocimiento de la cancelación -o no renovación en este caso- de su póliza de seguro;" Finalmente, se agrega: "Que el artículo 1545 del Código Civil señala que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales." por consiguiente, sin haber habido un acuerdo de las partes para modificar o dejar sin efecto la renovación automática de la póliza, no resultaba posible a la compañía apartarse de lo que prescribe esta disposición legal."

En este caso, se acogió el reclamo presentado ante el Defensor del Asegurado por el asegurado y, en el plazo de tres días contados desde que este fallo quedó a

42 VEIGA COPO, A.: El riesgo: análisis y estudio crítico de la causa del contrato de seguro, en *Derecho de daños 2013* (dir. M. J. HERRADOR GUARDIA). Madrid (2013): Thomson Reuters Aranzadi, p. 738.

firme y no existieron trámites o recursos pendientes de resolver por el Defensor; la compañía debió renovar la póliza de seguro desde la fecha de término de su vigencia original, sin perjuicio de su derecho de ponerle término anticipado conforme a las reglas del artículo 27 del contrato en cuestión o de exigirle al asegurado la entrega de la información faltante en el momento que crea oportuno una vez practicada la renovación.

No cabe la menor duda que esta solución es la adecuada, es el espíritu de las normas que hemos venido desarrollando en este trabajo. En efecto, los derechos que consagra la ley de protección de consumidores y las normas hoy vigentes en el Código de Comercio, proponen un marco que limita libertad contractual y el *pacta sunt servanda* del artículo 1545 del Código Civil. El criterio que se impone es protector del contratante más débil. Este diseño supone limitar la autonomía de la voluntad en el contrato de adhesión de seguros, debido al irreal poder negociador del consumidor tomador, quien al no redactar, sino sólo aceptar las cláusulas propuestas, puede ver conculcado su derecho mediante renunciaciones o mandatos que pudieran imponérsele. Firmará el consumidor estos contratos, no tendrá muchas veces opción, quedando sujeto a interpretación, lo que llevará a que para poder encontrar cabida a sus derechos frente al redactor, deberá interponer una demanda. Es lo que pretende evitar el legislador. Debe prestarse el servicio ofrecido, la cobertura señalada, por ejemplo, sin perjuicio de lo que se hubiere pactado y predispuesto. Es lógico, entonces, por ejemplo, que pactada una cláusula de renovación tácita, y no habiendo prestado su consentimiento en la renovación del contrato el consumidor asegurado en el plazo señalado en la Condición General, ella tenga plena eficacia hasta que el mismo no manifieste su voluntad de dar por concluido el contrato pues, tal y como señala la NCG 349 de 2013: "Las estipulaciones más favorables para el asegurado o beneficiario podrán consignarse en las condiciones generales o particulares de la póliza. En caso de contradicción, primará la estipulación más beneficiosa para el asegurado".

Meridianamente claro es, a estas alturas, que la actual redacción de las leyes en contratos de seguros busca evitar, objetivamente, ciertas cláusulas. Nos referimos a aquellas que, incluso mediante la firma del adherente, no producirán efecto alguno respecto del consumidor. La simple e inefable buena fe y la interpretación de los contratos, incluso el *pacta sunt servanda*, son mecanismos de control de la igualdad de los contratantes que, en la contratación de estos días, han sido superados por la ley. Sin perjuicio de lo señalado, en el análisis de este precedente nos parece necesario hacer un matiz, ya que consideramos discutible que todas las cláusulas de exclusión de cobertura puedan considerarse limitativas de los derechos de los asegurados, son más bien cláusulas que definen o delimitan el riesgo, configurando los derechos de los asegurados con determinación precisamente a ese riesgo, sin perjuicio de que pueden resultar lesivas para los derechos de los asegurados si luego son alteradas

unilateralmente por la aseguradora. En nuestro concepto, estimamos que no podría considerarse limitativa la cláusula en la que se excluye de la cobertura del seguro la conducción a aquel que lo haga bajo influencia de drogas o sustancias sicotrópicas que produzcan somnolencia. Esta debe ser considerada como válida al haber sido firmada y aceptada por el tomador y ser propiamente tal delimitadora del riesgo asegurado y plenamente razonable.

## V. CONCLUSIONES.

1. El contrato de seguro en Chile acoge una parcial imperatividad, unilateral a favor del asegurado. Esto ha significado que la interpretación de la jurisprudencia, voluntaria o forzosa, ha acudido al artículo 1546 y 1566 inciso segundo del Código Civil que consagran la integración del contrato por la buena fe y la regla de *interpretatio contra stipulatorem*. Las pólizas y sus condicionados no solucionaron el problema de interpretación de las mismas, por lo que con la reforma de la ley 20.667, hay una preeminencia de la interpretación de buena fe y contra el redactor, que remarca el carácter de adhesión del contrato de seguro.

2. La norma del artículo 542 no es una norma de interpretación contractual, sino de validez del contrato de seguro. Es un paradigma en sí misma, la imperatividad actúa como garante de validez del mismo. Es por esta razón que este auténtico vacío de interpretación hay que llenarlo con la aplicación de los propios principios generales de interpretación de contratos del Código Civil, artículo 1560 y siguientes, y entre ellas, muy especialmente, la regla contra el redactor del contrato, del artículo 1566 inciso segundo del mismo cuerpo de normas. En efecto, hoy el contrato de seguro es de adhesión, redactado por el asegurador; su validez depende sólo del predisponente, en consecuencia, la ambigüedad no le puede favorecer en desmedro de los intereses contractuales de los asegurados-consumidores.

3. Las normas del contrato de seguro son parcialmente imperativas para el asegurado-consumidor; tomador o beneficiario, lo que significa que son modificables o derogables, si no van en beneficio del asegurado. Los mecanismos que ofrece el contrato de seguro para superar la nulidad están esparcidos por todo el iter de seguros, con lo que en cierta forma una imperatividad no necesariamente importa nulidad como ocurre en este caso. Las derogaciones, en consecuencia, de las cláusulas desfavorables pueden producirse por la inclusión en las pólizas de determinadas cláusulas que busquen proteger al asegurado expresamente, variando el contenido contractual, aunque también pueden modificarse en virtud de cláusulas particulares, siempre con el consentimiento del tomador del seguro.

4. La imperatividad no es necesariamente la mejor forma de protección de un asegurado. No parece ser el mejor remedio la nulidad para los casos de incumplimiento del artículo 521 del CCOM, ya que supone dejar sin cobertura a

un asegurado por el efecto propio de la nulidad. Creemos que sirve mejor a sus intereses la sustitución del elemento pactado por el permitido por la ley, en la forma como establece la Ley de Protección de consumidores, in extremis, art. 17 E de la LPC.

5. El artículo 542, relacionado con el 521, se erige como un modelo de conducta social exigible al redactor de un contrato de seguros, por el que se le impone un imperativo ético dado; auténtico deber de conducta exigible gracias a que estamos frente a un contrato de adhesión y con la finalidad perseguida a través de él por las propias partes: una *uberrimae bona fides*.



EL DELITO DE ADMISIÓN DE BENEFICIOS EN  
CONSIDERACIÓN AL CARGO Y LA PREVENCIÓN DE LA  
CORRUPCIÓN PÚBLICA EN BOLIVIA

THE CRIME OF ACCEPTANCE OF BENEFITS AND THE  
PREVENTION OF PUBLIC CORRUPTION IN BOLIVIA

*Rev. boliv. de derecho* n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 120-143



Fernando  
VÁZQUEZ-  
PORTOMEÑE  
SEIJAS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 18 de marzo de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** Una de las disposiciones del Código penal boliviano modificadas por la Ley de 31 de marzo de 2010 (“Ley de Lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas ‘Marcelo Quiroga Santa Cruz’”) es la contenida en su artículo 147, relativo a la admisión de beneficios en consideración al cargo. Esta clase de figuras delictivas suscita un gran interés político-criminal, por su implicación con la teoría de la adecuación social y, también, porque expresan la tensión existente entre la preocupación por tratar de erradicar la corrupción y la necesidad de preservar los principios garantistas de la intervención penal. El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre la función que puede desempeñar el artículo 147 con vistas a prevenir uno de los efectos más indeseables de la corrupción pública: la ruptura de la igualdad de oportunidades.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal, corrupción pública, transparencia, Bolivia, regalos.

**ABSTRACT:** Law of 31 March 2010 (“Ley de Lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas ‘Marcelo Quiroga Santa Cruz’”) introduced stronger penalties for certain offences involving public corruption, affecting among others the figure described in art. 147 of the Bolivian Penal Law (acceptance of benefits). This paper tries to make an attempt to examine the linkage between gift giving and corruption, containing ideas regarding the role of the prohibition to accept gratuities in order to guarantee all citizens equal access to public services.

**KEY WORDS:** Penal Law, public corruption, transparency, Bolivia, bribery.

**SUMARIO.**- I. Consideraciones previas.- II. Breve referencia a la situación legal de la aceptación o admisión de beneficios o regalos en consideración al cargo en los códigos penales latinoamericanos.- III. Función y bien jurídico del delito de admisión de beneficios.- 1. Instrumento de garantía de la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas.- 2. Medida de mejora de la imagen de la Administración Pública y de sus niveles de credibilidad y legitimidad institucionales.- 3. Norma de contención del peligro abstracto de corrupción de los funcionarios.- IV. Recapitulación y toma de postura: Delito de peligro concreto (para la función pública) basado en el establecimiento de una conexión corrupta.- V. Bibliografía.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Desde hace años viene alertándose sobre los graves efectos de la corrupción en Bolivia, evidenciados, entre otros, por los indicadores (IPC y BGC) publicados por Transparencia Internacional, las encuestas sobre competitividad global del World Economic Forum y diversos análisis económicos sobre el importe de los daños por corrupción, calculados tanto en términos absolutos como porcentuales de inversión pública<sup>1</sup>.

Además de en los diversos pactos y convenciones de alcance multilateral o general de los que el país es parte<sup>2</sup>, la enorme sensibilidad social, política y mediática existente al respecto se pone de manifiesto en las iniciativas puestas en marcha por los sucesivos gobiernos, entre ellas el Programa Integral Anticorrupción (2004) -con implicación del Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Unidad de Inteligencia Financiera, el VMTLCC y la Policía Nacional- y la Ley de 31 de marzo de 2010 ("Ley de Lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e

1 Vid., por ejemplo, CAMPERO NÚÑEZ DEL PRADO, J. C.: "El combate contra la corrupción como base de la reforma de la administración pública", en AA.VV.: *Actas del VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Lisboa (2002): CLAD, pp. 1 y ss.; ÁLVAREZ TERÁN, R.: *Principio de oportunidad en delitos de corrupción pública en Bolivia. Fundamentos teóricos para su aplicación y políticos para su prohibición*. Salamanca (2009): Universidad de Salamanca, pp. 13 y ss. Sobre los efectos de la corrupción pueden verse, entre otros muchos, los trabajos de SABÁN GODOY, A.: *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid (1991): Civitas, pp. 1 y ss.; KLITGAARD, R.: "Combatiendo la corrupción. Información e incentivos", *Nueva Sociedad* (1996), núm. 145, pp. 56 y ss.; RAMÍREZ REYNA, C. E.: "Movimientos sociales, democracia y corrupción", *Futuros* (2005), núm. 11, vol. III, pp. 1 y ss.; DIEGO BAUTISTA, O.: "Marco institucional para combatir la corrupción", *Revista Española de Control Externo* (2007), núm. 27, vol. 9, pp. 159 y ss.

2 Por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción (marzo de 1996), adoptada en Caracas por los estados miembros de la OEA, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida, diciembre de 2003).

### • Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas

Doctor por la Universidad de Santiago de Compostela. Desde 2005 es profesor titular de Derecho penal en dicha Universidad. Ha publicado diversos trabajos sobre la corrupción pública, la violencia de género, la mediación penal y el terrorismo, entre otros temas. Correo electrónico: Fernando.portomene@usc.es.

investigación de fortunas 'Marcelo Quiroga Santa Cruz'''), vertebrada en torno a tres ideas: la ampliación de los sujetos intervinientes en las acciones de lucha contra la corrupción, la incorporación de medidas penales (creación de nuevos tipos y agravación de las penas privativas de libertad en los ya existentes) y, por último, la asunción de determinadas medidas procesales (civiles y penales), entre las que destaca la prohibición de la aplicación de la suspensión condicional del proceso<sup>3</sup>.

Una de las disposiciones objeto de reforma en 2010 es el artículo 147 del Código penal, que tipifica supuestos de admisión de beneficio por parte de un funcionario que, sin embargo, no van acompañados de la formulación de exigencias concretas relacionadas con actuaciones (positivas o negativas) del cargo. Dicho precepto se inscribe, por lo tanto, en la dimensión puramente formal del abuso de poder en que se sustancia la llamada elaboración romanista del cohecho, al pivotar, exclusivamente, sobre la admisión de ventajas ofrecidas *en consideración al cargo*, es decir, por la concreta posición de cargo público que ocupa el sujeto. Significa ello que, en el texto punitivo boliviano, la disciplina del cohecho pasivo se halla informada, pues, por las dos tradiciones histórico-legislativas que caracterizan al delito<sup>4</sup>: la *romanista*, ya aludida, que identifica su esencia del delito con la prohibición de aceptar dádivas vinculadas, de cualquier manera, a la esfera de actuación de las autoridades y funcionarios públicos; y la *germanista*, que se apoya en la prohibición de comprar-vender actos específicos del cargo<sup>5</sup>.

Las cláusulas del estilo de las contempladas en el precitado artículo 147, y que sirven para configurar tipos básicos, residuales, destinados a ofrecer respuesta punitiva a los supuestos en que no puedan acreditarse la injusticia del acto o su conexión con la dádiva<sup>6</sup>, suscitan un gran interés político-criminal<sup>7</sup>. Dos son, principalmente, las razones para ello.

3 Otras medidas contempladas por la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz son el establecimiento de un reglamento que ha hecho posible la implantación de un sistema de declaraciones de bienes y rentas de los funcionarios y la reforma de las normas relativas a los procedimientos de adquisición de bienes y contratación de servicios en las instituciones públicas, para garantizar la transparencia y credibilidad.

4 Sobre ellas SCHMIDT, E.: *Die Bestechungstatbestände in der hochstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*. München, Berlin (1960); Beck, p. 149, nota 334; SEMINARA, S.: "Gli interessi tutelati nei reati di corruzione", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1993), vol. 36, pp. 951 y 952.

5 Así, el tipo del artículo 145 requiere para su consumación que las conductas vengan asociadas a un acto determinado o determinable, relativo a las funciones del sujeto activo o "contrario a los deberes de su cargo".

6 Le atribuyen a este tipo de figuras esa función de recogida VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Granada (2003); Comares, pp. 235 y 236; POZUELO PÉREZ, L.: "El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (coord. A. JORGE BARREIRO). Madrid (2005); Civitas, p. 1.718; DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "El bien jurídico protegido en el delito de cohecho", *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2006), núm. 17, p. 142. Critica las propuestas para aligerar las dificultades probatorias del requisito del acto del cargo, en sede de cohecho, MUSCO, E.: "Le attuali proposte individuate in tema di corruzione e concussione", en AA.VV.: *Revisione e riforma delle norme in tema di corruzione e concussione, Atti del Convegno di Studi di Diritto penale*. Bari (1996); Cacucci, p. 47.

7 La bibliografía específica sobre estas figuras es relativamente escasa. En España, al margen de los artículos y monografías generales sobre el cohecho, destacan los trabajos de DOLZ LAGO, M. J.: "Breves consideraciones sobre la noción de acto injusto en los delitos de cohecho desde una perspectiva constitucional", *Diario La Ley* (2009), núm. 7.254, pp. 1 y ss.; MARAÑA SÁNCHEZ, J. Q.: "En clave constitucional: Regalos no, gracias", *El Consultor*

En primer lugar se implican con una de las cuestiones esenciales en la interpretación del cohecho: la del papel que debe jugar la teoría de la adecuación social -es decir, la idea de la proporcionalidad en la relación de intercambio<sup>8</sup>- en la intelección de sus distintas modalidades<sup>9</sup>. Como es sabido, con arreglo a ella, las entregas económicas que la sociedad acepta y califica como “irrelevantes” nunca deben acceder a los códigos penales, puesto que responden al orden ético social, históricamente condicionado, de la vida de la comunidad. Ahora bien, lo cierto es que, salvo en algunos casos de manual, la valoración social nunca podrá ofrecer una respuesta unívoca sobre la proporcionalidad de los regalos entregados a los funcionarios, sino que dependerá siempre, entre otros extremos, de las relaciones financieras típicas del ramo de la Administración al que pertenezca el funcionario y de su propio rango jerárquico<sup>10</sup>. Para que la idea de la adecuación social proporcione soluciones satisfactorias será preciso reducir el casuismo y complejidad de esa tarea de ponderación con ayuda de un criterio político-criminal, y ese criterio no podrá ser sino la propia *ratio* del delito<sup>11</sup>.

Por otra parte, dichas fórmulas legales expresan la tensión existente entre la preocupación general por tratar de erradicar la corrupción -como fenómeno con evidente capacidad de alteración de la estabilidad de las sociedades democráticas- y la necesidad de preservar los principios garantistas de la intervención penal. En efecto, como veremos a lo largo de las páginas que siguen, es difícil sustraerse a la sensación de que, con la tipificación de estas figuras, el legislador ha otorgado carta de naturaleza a la mera sospecha (o presunción) de que ciertos funcionarios van a corromperse en el futuro; y si ello es así, y por mucho que dejen traslucir su

---

de los Ayuntamientos y de los Juzgados (2009), núm. 24, pp. 3.637 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E.: “El endiabrado cohecho impropio”, *Diario El Mundo* (2010), 5 de julio, p. 23; OTERO GONZÁLEZ, P.: “El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010, de 12 de mayo”, *Cuadernos de Política Criminal* (2011), núm. 105: pp. 61-86; VÁZQUEZ-PORTOMENIE SEJAS, F.: “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado ‘cohecho de facilitación’”, *Revista de Derecho penal y Criminología* (2011), núm. 6, pp. 151 y ss.

- 8 Como explica MÖHRENSCHLAGER, la teoría de la adecuación social es una traducción del requisito de la “proporcionalidad” que debe caracterizar la relación existente entre la prestación y la contraprestación, tanto en las formas de cohecho propio como en las del impropio. Vid. MÖHRENSCHLAGER, M.: “Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene”, *JZ* (1996), p. 826.
- 9 Sobre ella vid. CÓRDOBA RODA, J.: “El cohecho de funcionarios públicos”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria* (coord. por S. MIR PUIG / J. CÓRDOBA RODA / G. QUINTERO OLIVARES). Barcelona (1983): Bosch, p. 190; DÍAZ Y GARCÍA CONILLO, M.: “El delito de cohecho”, en AA.VV.: *Delitos contra la Administración Pública* (coord. por A. ASÚA BATARRITA). Bilbao (1997): Instituto Vasco de Administración Pública: pp. 165 y 166; RIVERA HERNÁNDEZ, J. M.: “Los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* (1997), núm. 11, p. 416; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, 19ª ed., revisada y puesta al día. Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 961 y 962.
- 10 Vid. PASTER, I. / SÄTTELE, A.: “Alles, was das Leben verschönern Kann. Eine Anmerkung zum Sponsoring-Urteil des LG Karlsruhe vom 28.11.2007”, *NStZ* (2008), vol. 27, pp. 366 y ss.
- 11 Así GRIBL, K.: *Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikte*. Heidelberg (1993): Müller, p. 316; POZUELO PÉREZ, L.: “El delito de cohecho”, cit., p. 1.727.

compromiso con la causa de su prevención, lo único que resta es reivindicar su eliminación, por infringir, entre otros principios, el de ofensividad o lesividad<sup>12</sup>.

La corrupción es, sin duda, un problema multidimensional, que debe ser abordado desde varias perspectivas. En las páginas que siguen no pretendo llevar a cabo un análisis detallado de los elementos que integran el delito del artículo 147 del Código penal boliviano. Mi intención -mucho más modesta- es, más bien, la de reflexionar sobre el papel que puede desempeñar con vistas a prevenir uno de los efectos más indeseables de la corrupción pública: la ruptura de la igualdad de oportunidades entre los miembros de una sociedad, como la boliviana, de por sí heterogénea. Conduciré el trabajo, pues, con arreglo a una perspectiva preferentemente político-criminal, atenta a los perfiles de desvalor deberá presentar un ilícito respetuoso con los postulados de un Derecho penal orientado al hecho y, en general, con los principios que definen el modelo de Estado democrático y constitucional<sup>13</sup>.

En primer lugar realizaré una breve aproximación al tratamiento que reciben, en los países latinoamericanos, las modalidades de cohecho que no presuponen la realización de gestión o actividad alguna, en el ejercicio de las funciones del cargo, como contraprestación por el ofrecimiento o entrega de regalos. Luego intentaré analizar la compatibilidad figura del artículo 147 del Código penal boliviano con uno de los principios irrenunciables en el sistema penal de un Estado social y democrático de derecho: el de ofensividad. Para ello organizaré en tres niveles de análisis los pronunciamientos doctrinales relativos al bien jurídico protegido por este tipo de delitos. Finalmente, apuntaré los criterios que deben presidir la aplicación de la admisión de beneficios y cómo afrontar las dificultades para delimitar los supuestos punibles de otras actuaciones constitutivas de malas prácticas en el seno de la Administración Pública.

## II. BREVE REFERENCIA A LA SITUACIÓN LEGAL DE LA ACEPTACIÓN O ADMISIÓN DE BENEFICIOS O REGALOS EN CONSIDERACIÓN AL CARGO EN LOS CÓDIGOS PENALES LATINOAMERICANOS.

La tipificación de una prohibición general, dirigida a los funcionarios públicos, de aceptar los regalos, ventajas o beneficios que les sean ofrecidos en consideración a sus cargos forma parte de la propuesta de trabajo para la armonización de delitos de corrupción de funcionarios, servidores o agentes públicos extranjeros, desarrollada por el grupo de trabajo de Lucha contra la Delincuencia Organizada de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos. La propuesta,

12 Cfr. MACAGNO, M. E.: "La supervivencia de los delitos de sospecha: El caso del artículo 259 del Código penal argentino", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (2011), núm. 41, p. 190.

13 Trabajan, asimismo, con esa perspectiva, entre otros, SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C.: *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*, Tesis doctoral inédita. Valladolid (1985), p. 287; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*. Valencia (1999); Tirant lo Blanch, pp. 108 y 109; VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos*, cit., pp. 241 y 264; DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "El bien jurídico", cit., p. 137.

resultado del mandato emanado de la XVII Reunión Plenaria de la COMJIB, en 2010, apuesta, en concreto, por la cobertura penal de todos los supuestos de cohecho, incluso en "ausencia de objetivos concretos (pago innecesario o indebido al funcionario)", aconsejando, eso sí, distinguirlos de los que presentan fines específicos (actos delictivos, actos injustos, actos arbitrarios).

Por lo que alcanzo a ver, el único Código penal latinoamericano que se sitúa en esa línea es, además del boliviano, el argentino, que incrimina, con penas sensiblemente inferiores a las del cohecho, los intercambios con los que un particular, sin poner de manifiesto ningún propósito de conseguir un acto ilícito, aspira a predisponer al funcionario a su favor<sup>14</sup>. Su artículo 259, en vigor desde la sanción del Código penal en 1921, describe, en efecto, la conducta del funcionario público que "admitiere dádivas, que fueren entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo". La Ley 16.648, de 1964, le añadió un segundo inciso, para aclarar que el que presente u ofrezca la dádiva será, también, perseguido penalmente.

Tanto los restantes sistemas penales como los principales instrumentos internacionales suscritos por los diversos Estados ponen en relación el soborno con un acto u omisión suficientemente determinados o, al menos, determinables.

En Colombia, por ejemplo, el cohecho pasivo impropio -tipificado en el artículo 406 del Código penal- se dirige al servidor público que "acepte para si o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones" o que "reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento".

Semejante es la redacción que le deparan el artículo 248 del Código penal chileno -solicitar o aceptar un beneficio económico "para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos"-, 394 del peruano -aceptar o recibir "donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado", 300 del paraguayo -solicitar, dejarse prometer o aceptar un beneficio "a cambio de una contraprestación proveniente de una conducta propia del servicio que haya realizado o que realizará en el futuro"- ó 222 I del mexicano -solicitar o recibir indebidamente para si o para otro, dinero o cualquier otra dádiva, o aceptar promesa "para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones"-<sup>15</sup>.

14 Vid. MACAGNO, M. E.: "La supervivencia", cit., p. 187.

15 En las mismas coordenadas se mueven los Códigos penales de Costa Rica, cuyo artículo 340 castiga la recepción de dádiva o cualquier otra ventaja indebida o la aceptación de promesa o de una retribución de esa naturaleza "para hacer un acto propio de sus funciones", y Panamá, que tipifica, en su artículo 345. 2 la conducta del servidor público que "acepte, reciba o solicite donativo, promesa, dinero o cualquier ventaja o beneficio indebido, para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a sus obligaciones o como consecuencia del acto ya realizado".

Ese mismo entendimiento del delito se refleja en las obligaciones de penalización sentadas por la Convención Interamericana contra la corrupción, de 1996, y por el Convenio de Naciones Unidas sobre la Corrupción, de 2003, que en su artículo 15 (“soborno de funcionarios públicos nacionales”), describe la obligación de las partes de tipificar, por lo que al cohecho pasivo atiende, “la solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”.

Comentario aparte merecen las definiciones de cohecho pasivo proporcionadas por los Códigos penales brasileño y ecuatoriano, puesto que, cuando menos sobre el papel, parecen apuntar a la necesidad de flexibilizar los presupuestos de aplicación del delito, describiendo con mucha amplitud sus elementos constitutivos.

El primero sanciona, en su artículo 317, al funcionario que solicita o recibe, “para sí o para otro, directa o indirectamente, incluso fuera de su función o antes de asumirla, pero en razón de ella, ventaja indebida”, o acepta promesa de tal ventaja”. A pesar de lo que parece sugerir el tipo, tanto la doctrina como la jurisprudencia le atribuyen, sin embargo, al “acto del cargo” el rol de elemento central en la delimitación del ámbito de aplicación del delito, insistiendo, eso sí, en la necesidad de que los actos pactados pertenezcan a la esfera de atribuciones del sujeto activo<sup>16</sup>. Sintetizando ese estado de opinión, Barcelos Nunes De Mattos Rocha señala, expresamente, que, a diferencia de lo que sucede en el Código penal argentino, la mera aceptación de presentes ofrecidos a los funcionarios, en virtud de su condición funcional, carece, en Brasil, de refrendo legal, pudiendo sujetarse, a lo sumo, y dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, a sanciones disciplinarias<sup>17</sup>.

El Código penal ecuatoriano tipifica, por su parte, la recepción o aceptación de beneficios indebidos para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar “cuestiones relativas a sus funciones”. El legislador de ese país ha decidido radiar, también, al menos del tipo básico del cohecho, la referencia al “acto del cargo”, favoreciendo con ello, quizá, el castigo de las entregas asociadas, en general, a actos o actividades de difícil o imposible identificación. Con todo, la mención a las “cuestiones relativas a sus funciones” obliga, entiendo, a considerar irrelevantes los beneficios meramente orientados a lograr la simpatía o predisposición favorable del funcionario, es decir, que carezcan de un referente a modo de contraprestación en el desarrollo del servicio público.

16 Cfr. FERRER TEIXEIRA, J.: *Corrupção passiva: análise do artigo 317 do Código Penal e sua relação com as Leis n. 8429/92, n. 9.034/95 e n. 9.613/98*, Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo (2010): Universidade Católica de São Paulo, pp. 57 y ss., con referencias doctrinales y jurisprudenciales.

17 Vid. BARCELOS NUNES DE MATTOS ROCHA, P.: *Corrupção na era da globalização*. Curitiba (2009): Juruá, pp. 72 y 73.

### III. FUNCIÓN Y BIEN JURÍDICO DEL DELITO DE ADMISIÓN DE BENEFICIOS.

#### I. Instrumento de garantía de la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas.

En su artículo 8. apartados 1 y 2, la ya mencionada Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción, de 2003, indica que “con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos”, procurando aplicar “códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas”.

El delito del artículo 147 del Código penal boliviano resulta fácilmente interpretable a la luz de esa concepción ética de la función pública, cuyas referencias de derecho interno se sitúan en el artículo 4 de la Ley de 31 de marzo de 2010 -que alude a la exigencia de que los servidores públicos se comporten “conforme a los principios morales de servicio a la comunidad, reflejados en valores de honestidad, transparencia, integridad, probidad, responsabilidad y eficiencia”- y, sobre todo, en la Ley del Estatuto del Funcionario Público, del 27 de octubre de 1999. Esta última incluye, en su Capítulo II (“Derechos y deberes”), entre las prohibiciones a que están sujetos todos los servidores públicos, la de “lograr favores o beneficios en trámites o gestiones a su cargo para si o para terceros” (artículo 9. g), impidiéndoles rotundamente “aceptar, de cualquier persona individual o colectiva, pública o privada, nacional o extranjera, obsequios, regalos, beneficios u otro tipo de dádivas, orientadas a favorecer directa o indirectamente las gestiones a su cargo o a hacer valer influencia ante otros servidores públicos con propósitos semejantes” (artículo 14).

Ahora bien, una cosa es que la generación de una “cultura de lo público” o de una infraestructura ética en el ámbito de la función pública sean, verdaderamente, una prioridad en cualquier sistema democrático<sup>18</sup> y otra, bien distinta, que la reacción penal sea lo más adecuado para hacer frente a la dinámica (peligrosa) en la que se mueve un significativo porcentaje de los funcionarios, que esperan recibir un soborno a cambio del cumplimiento o agilización de sus tareas.

18 En Italia, la propuesta que ve en la no venalidad de las conductas del cargo el bien jurídico protegido por el cohecho impropio, en general, cuenta con el respaldo de autores como PANNAIN, R.: *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*. Napoli (1966): Jovene, p. 114; GIANNITTI, F.: *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*. Milano (1970): Giuffrè, p. 76; ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, 9ª ed. Milano (1986): Giuffrè, p. 789. En España la defiende OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: “Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)”, en AA.VV.: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torio López* (coord. por J. CEREZO MIR et al.). Granada (1999): Comares, p. 871, que la hace valer en relación con todas las modalidades de cohecho, sin excepción. Ven en las figuras relacionadas con la admisión de regalos instrumentos con que proteger la honradez, integridad profesional y probidad de los funcionarios, entre otros, SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C.: *Contribución*, cit., p. 287; MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona (2000): Bosch, p. 227. Para MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, cit., p. 962, “la habitualidad en este tipo de prácticas por parte de empresas muy fuertes en el sector en el que precisamente actúa el funcionario corroe la honestidad e integridad profesional del mismo, como la gota cava la piedra”.

En realidad, la introducción y garantía de normas de conducta en materia de admisión de beneficios o regalos por parte de los administrados no es ni puede ser una competencia prioritaria del Derecho penal de los estados democráticos<sup>19</sup>. El Derecho penal no puede “fabricar” empleados públicos honestos. Es cierto que si los castigos para los que reciben sobornos o regalos son leves o es poco probable que se apliquen, no será realista esperar que los rechacen, pero fiar a las reacciones penales la solución del problema supone, a mi modo de ver, hacer caso omiso de los principios de necesidad y utilidad de la intervención penal. Como enseñan los expertos, para generar un campo de acción ético en la Administración es preciso integrar ciertos valores en las políticas de recursos humanos y en el modelo de carrera y de evaluación del rendimiento e intervenir, entre otros aspectos, en el sistema de control institucional intra y extra-administrativo<sup>20</sup>. Insistiendo en ello, Klitgaard asocia los esfuerzos anticorrupción a actuaciones como la puesta en relación de las posibles recompensas con los logros, la implicación de los funcionarios en el establecimiento de los objetivos y metas, la reducción o regulación cuidadosa de los monopolios, la delimitación de la discrecionalidad, la mejora de la transparencia...<sup>21</sup>. En el seno de las administraciones públicas democráticas, orientadas a servir a la ciudadanía, el reforzamiento de los valores profesionales (integridad, probidad, honradez) y de los códigos de conducta debe producirse, en definitiva, en un contexto muy distinto. Tutelar penalmente el principio de la no venalidad del desempeño de las funciones públicas solo podría justificarse a partir de un entendimiento estático del aparato organizativo del Estado<sup>22</sup>.

Por lo demás, con ayuda de esta clase de construcciones tampoco podrá seleccionarse el campo de lo jurídico-penalmente relevante: tanto los *regalos socialmente inadecuados*, por implicar el enriquecimiento del funcionario (un reloj de oro, un ordenador de última generación o la invitación para acudir a un congreso en otro país), como las *pequeñas atenciones de bagatela o de reconocimiento social habitual* (la botella de vino entregada al cartero con motivo de las fiestas navideñas o la agenda con que se obsequia a quienes intervienen en una reunión) realizarían el injusto típico<sup>23</sup>.

19 Vid. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: “El bien jurídico”, cit., p. 137; VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos*, cit., pp. 238 y 239.

20 Sobre todo ello vid. CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: “Hacia una teoría general sobre la corrupción en la vida pública”, *Revista Española de Control Externo* (2002), núm. 11, vol. 4, pp. 56 y ss.; DIEGO BAUTISTA, O.: “Marco institucional”, cit., pp. 186 y 187.

21 Cfr. KLITGAARD, R.: “Combatiendo”, cit., pp. 4 y 5. Vid. también CAMPERO NÚÑEZ DEL PRADO, J. C.: “El combate”, cit., p. 13.

22 Vid. MANES, V.: “L’atto d’ufficio nelle fattispecie di corruzione”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (2000), vol. 43, pp. 96 l. En esa misma línea, DE LA MATA BARRANCO, N. J.: “El bien jurídico”, cit., p. 120, menciona la “proximidad” entre la idea de la no venalidad y las de la infracción del deber del cargo o de la prohibición de enriquecimiento del funcionario derivado del cumplimiento de su función.

23 Sobre la atipicidad de los regalos de bagatela vid., entre otros, GEERDS, F.: *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und Seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung: eine strafrechtliche und kriminologische Studie*. Tübingen (1961): Mohr: pp. 73 y ss.; DÖLLING, D.: “Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption”, *ZStW* (2000), vol. 112, p. 346. Esta concepción del delito obligaría, además, a apreciar un concurso de infracciones en las hipótesis en que media una pluralidad de intercambios, puesto que la

## 2. Medida de mejora de la imagen de la Administración Pública y de sus niveles de credibilidad y legitimidad institucionales.

Es evidente que, con independencia de que proceda de grupos de poder que buscan beneficiarse con las inversiones de capital público, interfiriendo en las decisiones relativas a la adquisición de bienes o contratación de servicios, o de ciudadanos de a pie que aspiran a asegurarse la obtención, en condiciones de normalidad, de prestaciones esenciales en el ámbito de la justicia, la policía, la salud pública o la educación pública, la entrega de regalos a los funcionarios no contribuye, precisamente, a reforzar la confianza en los servicios públicos<sup>24</sup>.

Por el contrario, como señalan sociólogos y politólogos, cuando se convierte en una práctica extendida y generalizada, deteriora la credibilidad del sistema, alimentando las reticencias de la ciudadanía a la hora de denunciar los fenómenos corruptos, es decir, a cooperar con las instituciones encargadas de prevenirlos y reprimirlos<sup>25</sup>. Otras manifestaciones de ese deterioro son el temor de quienes no comulguen con esas formas de relación con la Administración a verse excluidos del mercado y el escepticismo sobre la obtención de condenas penales para los actos corruptos. Y con todo ello, además de ponerse en riesgo la estabilidad macroeconómica y perjudicarse la igualdad y la lucha contra la pobreza, se favorecen actitudes fatalistas (a nadie le parece que valga la pena luchar por el sistema) y se aboca a un verdadero empobrecimiento de la democracia. Este es el discurso al que ha recurrido, tradicionalmente, un sector doctrinal para justificar la tipificación de la admisión de regalos por parte de los funcionarios públicos (y conductas afines).

Desde un punto de vista axiológico nada debería objetarse a esa construcción del delito de admisión de beneficios en consideración al cargo. En cualquier sociedad democrática, la confianza en la legalidad e imparcialidad de las decisiones de la Administración Pública representa una de las condiciones esenciales para su correcto funcionamiento<sup>26</sup>. Un ejercicio ordenado del poder público deviene imposible si, a los ojos de los ciudadanos, las actuaciones de los funcionarios vienen cubiertas con un manto de desconfianza e incertidumbre, por cundir la sospecha de que sirven para permitirles a determinados particulares o grupos de particulares

---

“no venalidad” de las funciones públicas o la honradez o integridad de la condición de funcionario público resultarían lesionadas todas y cada una de las veces que se produce una entrega económica. Esa solución concursal únicamente podría decaer si se parte de la base de que la admisión de regalos sirve para tutelar la función misma, esto es, un objeto externo al que referir o vincular las diversas modalidades de prestación económica, en el número que sean. Cfr. MARRA, G.: “Il delitto di corruzione tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica): problemi interpretativi e prospettivi di riforma”, *RTDPE* (1998), vol. 11, p. 1.012.

24 Vid. MARAÑA SÁNCHEZ, J. Q.: “En clave”, cit., p. 3.637.

25 Vid. RUGGIERO, F.: “Scambio corrotto e vittimizzazione”, *Dei delitti e delle pene*, 2ª Serie, vol. IV, pp. 17 y ss.

26 Vid. VANNUCCI, A.: “Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti”, *Etica degli affari e delle professioni* (1993), vol. 6, pp. 40 y ss.

disfrutar de posiciones sociales, jurídicas y/o económicas privilegiadas<sup>27</sup>. Inculpar la admisión de regalos a los funcionarios parece expresar, a la perfección, por lo tanto, la relación de sentido que tiene que existir entre la intervención penal y las condiciones de existencia de la sociedad.

Cabe preguntarse, no obstante, si esa idea de la confianza de la ciudadanía en la integridad del servicio público es capaz de cumplimentar una de las funciones esenciales del concepto de bien jurídico-penal: la de operar como límite de las pretensiones punitivas del Estado<sup>28</sup>, teniendo en cuenta su nivel de abstracción y su falta de rentabilidad a la hora de determinar el alcance de los tipos en cuestión (en este caso, el del artículo 147 del Código penal boliviano)<sup>29</sup>. Desde luego no representa un expediente idóneo para ayudar a ponderar la adecuación social de los regalos o beneficios. No permite dar cuenta, por ejemplo, de las situaciones que la doctrina alemana ha denominado *Anfüttern* (“dar forraje”), y en las que las sucesivas entregas de obsequios de reducido valor económico o de pequeñas cantidades generan una red de dependencia o subordinación<sup>30</sup>. Tampoco ayudaría a aclarar la relevancia o irrelevancia de otros casos que no se ajustan fácilmente a los esquemas de la precitada teoría de la adecuación social, como el que describe Noltensmeier: el de la enfermera que acepta la casa que le ha dejado en herencia el anciano al que ha prestado cuidados en los últimos meses de su vida<sup>31</sup>.

Repárese, además, en que dar por sentado que el bien jurídico de la admisión de regalos o beneficios es la confianza de la opinión pública en el correcto desarrollo de las funciones administrativas lleva a una conclusión inaudita: la de que dicha conducta “sería menos digna de castigo mientras más intensamente se practique en

- 27 Vid., entre otros, en la doctrina alemana, LOOS, F.: “Zum ‘Rechtsgut’ der Bestechungsdelikte”, en AA.VV.: *Festschrift für H. Welzel* (coord. por G. STRATENWERTH / A. KAUFMANN / G. GEILEN / H. J. HIRSCH / H. L. SCHREIBER / G. JAKOBS / F. LOOS). Berlin, New York (1974): Beck, pp. 889 y ss.; LENCKNER, T.: “Privatisierung der Verwaltung und ‘Abwahl des Strafrechts’”, *ZStW* (1994), vol. 106, p. 531; SOMMER, U.: *Korruptionsstrafrecht*. Münster (2010): LexisNexis, p. 59 y nota 154. En la doctrina española, recoge este punto de vista Cardenal Montraveta, S.: “Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2002), núm. 10, pp. 307 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito*, cit., pp. 98 y ss.
- 28 Vid. esta crítica en BAUMANN, J.: *Zur Problematik der Bestechungstatbestände*. Heidelberg (1961): Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, pp. 11 y ss.; SGUBBI, F.: “La semplificazione ed unificazione delle norme in tema di corruzione e concussione”, en AA.VV.: *Atti del Convegno di Studi di diritto penale. Bari, 21-22 aprile 1995*. Bari (1996): Cacucci, p. 60.
- 29 Cualquier comportamiento abusivo, incorrecto o desleal de los funcionarios o agentes públicos podría ser adecuado para defraudar esa confianza, incluso los sujetos a sanción disciplinaria o a un mero reproche social. Vid. PAGLIARO, A.: *Principi di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, 8ª ed. Milano (1998): Giuffrè, p. 145; SEMINARA, S.: “Gli interessi”, pp. 979 y 980; MANNA, A.: “Corruzione e finanziamento illegale ai partiti”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1999), vol. 42, pp. 136 y 137; MANES, V.: “L’atto”, cit., p. 948. Advierte sobre el peligro de trasladar, con esta interpretación del cohecho, el epicentro del desvalor penal a la figura del autor SGUBBI, F.: “La semplificazione”, cit., p. 60.
- 30 Vid. PASTER, I. / SÄTTELE, A.: “Alles”, cit., pp. 366 y ss. Knauß es autora de un interesantísimo análisis criminológico del *Anfüttern* (“Rechtliche Rahmenbedingungen der Korruption”) (V. VAHLEMKAMP / I. KNAUB. *Korruption – Hinnehmen oder handeln?*. Wiesbaden (1995): BKA, pp. 298 y 299).
- 31 En mi opinión, subsumir ese supuesto en el tipo se salda con una interpretación extensiva en contra del reo. Vid. sobre ello NOLTENSMEIER, S.: *Public private partnership und Korruption*. Berlin (2009): Duncker & Humblot, p. 242.

un Estado”<sup>32</sup>. En otros términos: cuanto más elevados sean los niveles “sociales” de desconfianza -cuanto más se haya extendido la sospecha de que las decisiones de los funcionarios públicos se hallan influidas por los regalos, beneficios o el amiguismo- menos merecedoras de castigo serían las conductas de quienes alimentan esas dinámicas, admitiendo los beneficios que les ofrezcan en consideración a su cargo.

Por último, y aunque es verdad que la mejora de la imagen de las instituciones públicas pasa, también, por incrementar el control social y los sistemas de rendición de cuentas, no podemos olvidar que la confianza de los ciudadanos es, ante todo, un reflejo de la objetividad y el respeto a la legalidad con que la Administración se conduce a la hora de tomar sus decisiones. En buena lógica, entonces, lo que dotaría de legitimidad y racionalidad a la intervención penal sería el orientarla a preservar esos estándares.

### 3. Norma de contención del peligro abstracto de corrupción de los funcionarios.

De las diversas propuestas elaboradas para delimitar el bien jurídico de los delitos de admisión de regalos o beneficios, la que se compadece mejor con la ubicación del artículo 147 en el Código penal boliviano es la que alude a su naturaleza de delito vinculado al correcto desarrollo de la actividad funcional de la Administración Pública<sup>33</sup>. Efectivamente, aunque también existen figuras relacionadas con la corrupción pública en el Título VI -que regula los delitos contra la Economía Nacional, la Industria y el Comercio- y en algunas leyes especiales relativas al sistema electoral o al tráfico ilícito de estupefacientes, la mayoría de ellas, incluida la del artículo 147, se agrupan en el Título II de su Parte Especial, titulado “Delitos contra la Función Pública”. Ahora bien, puesto que, a diferencia del cohecho, el tipo se asienta sobre la desvinculación entre la entrega/admisión del beneficio y la realización u omisión de un acto integrado en la competencia funcional del sujeto activo, su relación con dicho bien jurídico (la función pública) habrá de explicarse a través de la idea de la progresión criminal<sup>34</sup>. Siguiendo esta línea de razonamiento, la admisión de beneficios o regalos socialmente inadecuados servirá para prevenir futuros abusos, es decir, para garantizar la futura legalidad o imparcialidad de los actos administrativos, configurándose así como un delito de peligro abstracto.

32 Los términos en que KINDHÄUSER plantea esta cuestión no dejan lugar a dudas: “si fuese correcto el parecer que sostiene que el bien jurídico de los delitos de corrupción estatal es la confianza de la opinión pública, la corrupción sería menos digna de castigo mientras más intensamente se practique en un Estado”. Vid. KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, *Política Criminal*, (2007), núm. 3, p. 9.

33 Vid. GEERDS, F.: Über den, cit., pp. 53 y ss., así como la bibliografía citada por KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos”, cit., p. 10 y nota 13.

34 Vid. ORTS BERENGUER, E./VALEJE ÁLVAREZ, I.: “Artículo 426”, en AA.VV.: *Comentarios al Código penal de 1995* (coord. por T. S. VIVES ANTÓN), Vol. II. Valencia (1996): Tirant lo Blanch, p. 1.839; RIVERA HERNÁNDEZ, J. M.: “Los delitos”, cit., p. 416; MARAÑA SÁNCHEZ, J. Q.: “En clave”, cit., p. 3.641. El desvalor de la admisión de regalos se vincularía, de este modo, al contenido de injusto del cohecho propio: vid. VASSALLI, G.: “Corruzione propria e corruzione impropria”, *Giustizia Penale* (1979), vol. LXXXIV, p. 336; MANZINI, V.: *Trattato di diritto penale italiano*, V. Torino (1982): UTET, p. 219; FIANDACA, G./MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte Speciale*, I. Bologna (1988): Zanichelli, p. 170.

Esta perspectiva supone, indudablemente, una cierta ganancia, si es que asumimos, como aquí se ha hecho, que la falta de adaptación a la ética social dominante en materia de obsequios o regalos, sin más, no puede justificar la conversión en delitos de cualesquiera supuestos en que los órganos de la Administración mantienen relaciones económicas con los particulares al margen de los supuestos y cauces legalmente previstos. La función del delito de admisión de beneficios debe mantenerlo apegado, rotundamente, pues, al ejercicio de las funciones del cargo<sup>35</sup>.

Abordando ya el capítulo de las críticas, debe decirse que la perspectiva de que la intervención penal se anticipe al peligro indirecto, o sea, al peligro de que los beneficios puedan predisponer al favorablemente al destinatario, y de que termine por atender posteriores peticiones ilegales del *donante*, suscita dudas importantes. Aplicar el tipo a quien acepta un regalo, por entenderse que es un sujeto predispuesto a vender posteriormente sus decisiones o actividades, no significa otra cosa que instrumentalizar una norma penal para castigar las actitudes internas de un sujeto. Las presunciones de peligro general son absolutamente incompatibles con el principio de ofensividad<sup>36</sup>.

Tampoco parece posible, desde los fundamentos de las teorías de la culpabilidad, asociar -subjetivamente- la conducta a un hecho que no existe, sino que se presume (que el funcionario que admite el beneficio se corromperá y protagonizará conductas que perjudiquen el desarrollo de la función pública). Lo que le permitirá al sujeto motivarse en el cumplimiento de la norma será, únicamente, la información que efectivamente posea en el momento de admitir el beneficio, no aquello que vamos a presumir, con carácter general, que conoce. Y ello es aplicable tanto a los sujetos "corruptibles", de acuerdo con las reglas de la experiencia moral (un concejal de obras que acepta unas vacaciones de ensueño pagadas por una empresa del ramo), como a los que presentan otro perfil (un bombero gratificado por el heroico salvamento de unos niños).

Un estado que aspire a promover y el desarrollo social y a distribuir la riqueza debe prevenir a toda cosa que el gasto público termine por reflejar los intereses privados de ciertos grupos o particulares, pero la aplicación de sanciones penales no puede pivotar exclusivamente sobre lo que indican las reglas de la experiencia

35 Fijan la objetividad jurídica de los delitos de cohecho en la preservación de las directivas constitucionales en materia de imparcialidad VALEJE ALVAREZ, I.: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid (1996): Edersa, pp. 30 y 31; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona (1999): Aranzadi, pp. 139 y 140; MIRRI, M. B.: "Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1980), vol. 23, p. 441; RAMPIONI, R.: *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*. Milano (1984): Giuffrè, p. 305; SEMINARA, S.: "Gli interessi", cit., p. 964; VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos*, cit., p. 228.

36 Vid. KINDHÄUSER, U.: "Presupuestos", cit., p. 10; MORALES PRATS, F. / RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: "Artículo 426", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo III (coord. por G. QUINTERO OLIVARES), Cizur Menor (2008): Aranzadi, pp. 650 y 651.

moral<sup>37</sup>. El que un funcionario, mientras ejerce su función y en razón a la misma, admita una dádiva sin que por ello lleve a cabo ninguna acción perjudicial para la función pública carece de la lesividad necesaria. Para poseerla sería preciso que las entregas económicas compusiesen una situación objetiva y subjetivamente amenazante para su desarrollo.

#### IV. RECAPITULACIÓN Y TOMA DE POSTURA: DELITO DE PELIGRO CONCRETO (PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA) BASADO EN LA CREACIÓN DE UNA CONEXIÓN CORRUPTA.

Existen diversos tipos de corrupción y no todos son igualmente dañinos para la sociedad y su desarrollo económico y político. Algunos pueden, de hecho, ser soportados por la mayoría de las organizaciones burocráticas, contribuyendo, incluso, a que algunas (las menos ágiles) funcionen un poco mejor. Otros presentan tal entidad que, de generalizarse y convertirse en norma, podrían socavar el propio sistema. Para valorar la legitimidad de la decisión de tipificar la figura del artículo 147 del Código penal boliviano debe hacerse uso de este planteamiento. La incriminación de la admisión de beneficios o regalos sólo puede justificarse en la medida en que incida en aspectos tan esenciales (=vitales) para la sociedad que, de llegar a convertirse en norma, producirían efectos incapacitantes del sistema social y político por el que se rige; y ello ocurrirá, a mi modo de ver, cuando con ella se precipite el riesgo de que los intereses generales que deben perseguir los funcionarios en todas y cada una de sus actuaciones y decisiones se vean reemplazados por otros de carácter particular o privado<sup>38</sup>.

Mi planteamiento es el de que, en tanto no aparezcan vinculadas a la realización de actuaciones que interesen al *donante*, las conductas dirigidas a lograr la predisposición o la simpatía de los funcionarios públicos no se corresponden, en absoluto, con la corrupción que es significativa para el Derecho penal<sup>39</sup>. La relevancia jurídico-penal de cualquier supuesto de admisión de beneficios pasará siempre, pues, por comprobar que existe una suerte de conexión corrupta entre la admisión misma y la posible ejecución de determinadas actividades propias del cargo del funcionario<sup>40</sup>. Trataré de dar contenido, seguidamente, a esa conexión, que deberá considerarse, en cualquier caso, como un elemento (típico) distinto del *pactum sceleris* -la relación entre la dádiva y el acto interesado- que se halla en la base del cohecho.

Desde un punto de vista objetivo, la existencia de una conexión corrupta presupone una situación de contradicción de intereses, por una parte, y un ámbito

37 Cfr. MORALES PRATS, F. / RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: "Artículo 426", cit., p. 651.

38 Vid. KINDHÄUSER, U.: "Presupuestos", p. 6.

39 De esta opinión SOMMER, U.: *Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 60.

40 Vid. MORALES PRATS, F. / RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: "Artículo 426", cit., p. 648; SOMMER, U.: *Korruptionsstrafrecht*, cit., pp. 61 y 62.

de ejercicio de la función o de toma de decisiones que hay que “blindar” frente a influencias espurias, por otra<sup>41</sup>. Ambos elementos concurren cuando el funcionario tiene capacidad para interferir en asuntos que pudieran afectar al particular y que se hallen pendientes de resolución en el momento de la admisión del regalo<sup>42</sup>, así como cuando las actividades profesionales de ambos se hallan en estrecho contacto, de tal manera que los regalos puedan asociarse fácilmente a la posible formulación de peticiones o solicitudes por parte del segundo o, incluso, a la decisión del primero de favorecerlo de alguna manera, por propia iniciativa. Hablo de casos como el del inspector fiscal que admite los costosos regalos entregados por los dueños de diversas empresas que deberán ser objeto de inspección en el futuro, o el del profesor de una asignatura de tercer curso de carrera que acepta el reloj de oro que le envía el padre de un alumno que acaba de matricularse en primero o, en fin, el de la funcionaria de un centro penitenciario que admite los valiosos obsequios que le envía un semanario que ha venido avanzando la próxima publicación de testimonios directos de la “nueva vida” de una conocida cantante que cumple condena en él... En todos ellos está presente un riesgo objetivo, real, de corrupción del funcionario, es decir, el componente de peligrosidad objetiva imprescindible para dar vida al tipo.

Sobre el plano subjetivo, la conexión corrupta requiere que, en el momento de la admisión del beneficio o presente, el funcionario asuma, cuando menos, la posibilidad de ser destinatario de futuras peticiones o solicitudes relativas al ejercicio de su cargo, en el ámbito concreto de actividad al que se refiere<sup>43</sup>. Estará ausente, por ello, en las llamadas donaciones incongruentes”, que son entregadas y admitidas con carácter totalmente “extraoficial” -presentes de cortesía relacionados con celebraciones familiares o del trabajo o dirigidos a agradecer el trato recibido o la profesionalidad en el cumplimiento de una tarea especialmente importante para el sujeto pasivo o su entorno-, así como en la concesión de premios por jurados imparciales, en reconocimiento a la sobresaliente trayectoria profesional. Tampoco responderán a ese esquema las donaciones o entregas correspondientes a la fase inicial o “de tanteo” de lo que los medios alemanes llaman *Anfüttern* -en la que obsequios aislados, entregados con motivo de celebraciones o acontecimientos señalados (aniversarios, cumpleaños, festividades relacionadas con el trabajo), dan paso, tras un cierto tiempo, a regalos cada vez más frecuentes y valiosos, en un proceso que tiene como objetivo comprobar la receptividad y corruptibilidad del funcionario<sup>44</sup>-. Para que estos supuestos puedan fundamentar una imputación penal es preciso que el incremento del valor y/o de la frecuencia de las entregas le haga sospechar al funcionario de lo que persigue el *donante* (=conseguir favores en forma

41 Vid. KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., p. 7.

42 Cfr. MORALES PRATS, F. / RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: “Artículo 426”, cit., p. 652.

43 Cfr. SOMMER, U.: *Korruptionsstrafrecht*, cit., pp. 61 y 62.

44 KNAUB, I. explica la lógica de ese proceso selectivo utilizando la expresión “principio de la regadera”: vid. “Rechtliche”, cit., p. 299.

de actuaciones o decisiones del cargo). Los elementos cognitivos y volitivos del dolo de peligro sí estarán presentes, en cambio, en el caso de un concejal de obras que acepta las atenciones de un estudio de arquitectos que acaba de abrir un despacho en el municipio en el que aquel desempeña sus funciones y que decide renovarle, gratuitamente, su vivienda<sup>45</sup>. La única explicación razonable para esa muestra de generosidad será la voluntad de obtener futuros favores en el ámbito de su cargo y el concejal lo sabrá y asumirá. Ese mismo planteamiento es aplicable a los concejales de obras de diversos ayuntamientos que aceptan la invitación de una constructora para viajar a Madrid, al objeto de realizar una “visita informativa” que incluye, además, el abono del viaje en avión, del hotel y del almuerzo y la cena, en un establecimiento distinguido.

El preocupante fenómeno de la corrupción pública ha de atajarse de la mano de estrategias preventivas y de control plenamente respetuosas con el principio de subsidiariedad del Derecho penal<sup>46</sup>.

El legislador boliviano de 2010 ha puesto sus ojos, de hecho, en otros recursos, por ejemplo en la activación de mecanismos procesales ágiles y rápidos para la investigación y enjuiciamiento de los hechos (el juicio en rebeldía o la extinción de dominio para la recuperación de activos). Luchar contra la corrupción es, sin embargo, parte de un esfuerzo muchísimo más amplio que Klitgaard denomina “ajuste institucional” y que apunta, entre otras cosas, a la reevaluación sistemática de información e incentivos en las instituciones públicas y privadas y a la estimulación de los ciudadanos para que se impliquen en la mejora del sistema<sup>47</sup>.

Junto a ello, parece oportuno reivindicar, también, la importancia de los sistemas de transparencia administrativa, de rendimiento de cuentas y de contratación pública, así como la utilidad de medidas como la modificación del patrón de organización y trabajo de las fiscalías<sup>48</sup> o la creación de un registro público de los obsequios e invitaciones recibidos por los altos cargos. Conviene recordar, a este último respecto, que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003, dispone, en su artículo 8.5, que cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación con sus actividades externas y con empleos, inversiones,

45 Vid. KÖNIG, P.: “Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Prozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zu begegnen?”, *DRIZ* (1996), p. 360.

46 Deben compartirse, en este sentido, las reflexiones de DIEGO BAUTISTA (n. 6), p. 183, cuando apunta que, en general, la lucha contra la corrupción “cubre los elementos institucionales y represivos, pero concentra poca atención en la *prevención de la conducta*” (las cursivas son suyas). Vid. también BAUER, M.: *Korruptionsbekämpfung durch Rechtsetzung*. Berlin (2002): Tenea Verlag, p. 110.

47 Vid. KLITGAARD, R.: “Combatiendo”, cit., pp. 7 y ss.

48 A favor del incremento y perfeccionamiento de los controles internos y externos de las conductas corruptas, CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: “Hacia una teoría”, cit., pp. 60 y 63; MARRA, G.: “El delito”, cit., p. 1.019, aludiendo expresamente a los de carácter disciplinario.

activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos. En esa línea, en Francia, el Estatuto General de la Función Pública prohíbe, genéricamente, todas las conductas que puedan amenazar su imparcialidad, fiando a la responsabilidad de los jefes de departamento la decisión última sobre si los regalos recibidos por los funcionarios pertenecientes al mismo son o no meramente simbólicos. El criterio de la condición económica de los regalos ha servido asimismo de base para elaborar un catálogo de directrices o pautas de actuación destinadas a los empleados públicos en países como Portugal o Suecia.

## V. BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ TERÁN, R.: *Principio de oportunidad en delitos de corrupción pública en Bolivia. Fundamentos teóricos para su aplicación y políticos para su prohibición*. Salamanca (2009): Universidad de Salamanca.

ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, 9ª ed. Milano (1986): Giuffrè.

BARCELOS NUNES DE MATTOS ROCHA, P.: *Corrupção na era da globalização*. Curitiba (2009): Juruá.

BAUMANN, J.: *Zur Problematik der Bestechungstatbestände*. Heidelberg (1961): Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft.

CAMPERO NÚÑEZ DEL PRADO, J. C.: "El combate contra la corrupción como base de la reforma de la administración pública", en AA.VV. *Actas del VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Lisboa (2002): CLAD.

CARDENAL MONTRAVETA, S.: "Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho", *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2002), núm. 10, pp. 307 y ss.

CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: "Hacia una teoría general sobre la corrupción en la vida pública", *Revista Española de Control Externo* (2002), núm. 11, vol. 4, pp. 56 y ss.

DIEGO BAUTISTA, O.: "Marco institucional para combatir la corrupción", *Revista Española de Control Externo*, núm. 27, vol. 9, pp. 159 y ss.

DOLZ LAGO, M. J.: "Breves consideraciones sobre la noción de acto injusto en los delitos de cohecho desde una perspectiva constitucional", *Diario La Ley* (2009), núm. 7.254, pp. 1 y ss.

FERRER TEIXEIRA, J.: *Corrupção passiva: análise do artigo 317 do Código Penal e sua relação com as Leis n. 8429/92, n. 9.034/95 e n. 9.613/98*, Dissertação apresentada á Banca Examinadora da Pontificia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo (2010): Universidade Católica de São Paulo.

GEERDS, F.: *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und Seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung: eine strafrechtliche und kriminologische Studie*. Tübingen (1961): Mohr.

GIANNITTI, F.: *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*. Milano (1970), Giuffrè.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: "El endiablado cohecho impropio", *Diario El Mundo* (2010), 5 de julio, p. 23.

GIBBL, K.: *Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikte*. Heidelberg (1993): Müller.

KINDHÄUSER, U.: "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán", *Política Criminal* (2007), núm. 3, pp. 1 y ss.

KLITGAARD, R.: "Combatiendo la corrupción. Información e incentivos", *Nueva Sociedad* (1996), núm. 145, pp. 56 y ss.

KNAUB, I.: "Rechtliche Rahmenbedingungen der Korruption", en W. VAHLEMKAMP / I. KNAUB. *Korruption – Hinnehmen oder handeln?*. Wiesbaden (1995): BKA.

KÖNIG, P.: "Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Prozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zu begegnen?", *DRiZ* (1996), pp. 357 y ss.

LENCKNER, T.: "Privatisierung der Verwaltung und 'Abwahl des Strafrechts'", *ZStW* (1994), vol. 106, pp. 502 y ss.

LOOS, F.: "Zum 'Rechtsgut' der Bestechungsdelikte", en AA.VV.: *Festschrift für H. Welzel* (coord. por G. STRATENWERTH / A. KAUFMANN / G. GEILEN / H. J. HIRSCH / H. L. SCHREIBER / G. JAKOBS / F. LOOS). Berlin, New York (1974): Beck, pp. 879 y ss.

MACAGNO, M. E.: "La supervivencia de los delitos de sospecha: El caso del artículo 259 del Código penal argentino", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (2011), núm. 41, pp. 179 y ss.

MANES, V.: "L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (2000), vol. 43, pp. 924 y ss.

MANNA, A.: "Corruzione e finanziamento illegale ai partiti", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1999), vol. 42, pp. 116 y ss.

MARAÑA SÁNCHEZ, J. Q.: "En clave constitucional: Regalos no, gracias", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* (2009), núm. 24, pp. 3.637 y ss.

MARRA, G.: "Il delitto di corruzione tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica): problemi interpretativi e prospettivi di riforma", *RTDPE* (1998), vol. 11, pp. 988 y ss.

DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "El bien jurídico protegido en el delito de cohecho", *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2006), núm. 17, pp. 81 y ss.

MIRRI, M. B.: "Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1980), vol. 23, pp. 439 y ss.

MÖHRENSCHLAGER, M.: "Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene", *JZ* (1996), pp. 822 y ss.

MORALES PRATS, F. / Rodríguez Puerta, M<sup>a</sup> J.: "Artículo 426", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo III (coord. por G. QUINTERO OLIVARES), Cizur Menor (2008): Aranzadi, pp. 649 y ss.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, 19<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día. Valencia (2013): Tirant lo Blanch.

MUSCO, E.: "Le attuali proposte individuate in tema de corruzione e concussione", en AA.VV. *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione, Atti del Convegno di Studi di Diritto penale*. Bari (1996): Cacucci, p. 45 y ss.

NOLTENSMEIER, S.: *Public private partnership und Korruption*. Berlin (2009): Duncker & Humblot.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)", en AA.VV.: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López* (coord. por J. Cerezo Mir Et Al.). Granada (1999): Comares, pp. 861 y ss.

OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*. Valencia (1999): Tirant lo Blanch.

ORTS BERENGUER, E. / VALEJE ALVAREZ, I.: "Artículo 426", en AA.VV.: *Comentarios al Código penal de 1995* (coord. por T. S. VIVES ANTÓN), Vol. II. Valencia (1996): Tirant lo Blanch, pp. 1.838 y ss.

OTERO GONZÁLEZ, P.: "El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010, de 12 de mayo", *Cuadernos de Política Criminal*, (2011), núm. 105, pp. 61 y ss.

PAGLIARO, A.: *Principi di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, 8<sup>a</sup> ed. Milano (1998): Giuffrè.

PANNAIN, R.: *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*. Napoli (1966): Jovene.

PASTER, I. / SÄTTELE, A.: "Alles, was das Leben verschönern Kann. Eine Anmerkung zum Sponsoring-Urteil des LG Karlsruhe vom 28. I I.2007", *NStZ* (2008), vol. 27, pp. 366 y ss.

POZUELO PÉREZ, L.: "El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (coord. A. JORGE BARREIRO). Madrid (2005): Civitas, pp. 1.711 y ss.

RAMÍREZ REYNA, C. E.: "Movimientos sociales, democracia y corrupción", *Futuros* (2005), núm 11, vol. III, pp. 1 y ss.

RAMPIONI, R.: *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*. Milano (1984): Giuffrè.

RIVERA HERNÁNDEZ, J. M.: "Los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función", *Revista Aragonesa de Administración Pública* (1997), núm. 11, pp. 409 y ss.

RODRÍGUEZ PUERTA, M<sup>a</sup>. J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona (1999): Aranzadi.

RUGGIERO, F.: "Scambio corrotto e vittimizzazione", *Dei delitti e delle pene*, 2<sup>a</sup> Serie, vol. IV, pp. 17 y ss.

SABÁN GODOY, A.: *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid (1991): Civitas.

SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C.: *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*, Tesis doctoral inédita. Valladolid (1985).

SCHMIDT, E.: *Die Bestechungstatbestände in der hochstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*. München, Berlin (1960): Beck.

SEMINARA, S.: "Gli interessi tutelati nei reati di corruzione", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1993), vol. 36, pp. 974 y ss.

SGUBBI, F.: "La semplificazione ed unificazione delle norme in tema di corruzione e concussione", en AA.VV.: *Atti del Convegno di Studi di diritto penale. Bari, 21-22 aprile 1995*. Bari (1996): Cacucci, pp. 52 y ss.

SOMMER, U.: *Korruptionsstrafrecht*. Münster (2010): LexisNexis.

VALEJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid (1996): Edersa.

VANNUCCI, A.: "Fenomenologia della tangente: la racionalità degli scambi occulti", *Etica degli affari e delle professioni* (1993), vol. 6, pp. 30 y ss.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: "Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado 'cohecho de facilitación'", *Revista de Derecho penal y Criminología* (2011), núm. 6, pp. 151 y ss.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Granada (2003): Comares.



EL ARBITRAJE MARÍTIMO INTERNACIONAL EN LAS REGLAS  
DE ROTTERDAM

INTERNATIONAL MARITIME ARBITRATION IN ROTTERDAM  
RULES

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 144-173*



Rosa  
LAPIEDRA  
ALCAMÍ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 12 de febrero de 2015

**ARTÍCULO APROBADO:** 20 de febrero de 2015

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza las soluciones que contiene el Convenio de Naciones Unidas sobre el contrato internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, conocido, comúnmente, como las Reglas de Rotterdam sobre una de las cuestiones más emblemáticas en estos momentos en el transporte marítimo internacional. Nos referimos a los problemas que plantea la eficacia de los acuerdos de arbitraje en el ámbito del Derecho marítimo debido fundamentalmente a las especiales características que rodean a este sector del comercio internacional. Para ello, es necesario señalar la existencia de una pluralidad de fuentes normativas susceptibles de regular la cuestión en la actualidad. Asimismo, resulta imprescindible analizar la regulación contenida al respecto en los instrumentos normativos existentes de carácter internacional haciendo hincapié, además, en la disparidad de soluciones que ofrecen los diferentes sistemas estatales a nivel de Derecho comparado.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Internacional Privado; Derecho marítimo internacional; arbitraje marítimo internacional; transporte marítimo internacional; convenio arbitral; Reglas de Rotterdam.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the solutions containing in United Nations Convention on international contract totally or partially maritime goods, commonly known as the Rotterdam Rules on one of the most emblematic issues right now in international maritime transport. We refer to the problems of the effectiveness of arbitration agreements in the field of maritime law basically because of the special features that surround this area of international trade. It is therefore necessary to point out the existence of a plurality of normative sources susceptible to address the issues today. It is also essential to analyze the regulation contained regard to existing international normative instruments emphasizing also the disparity of solutions offered by different state systems at the level of comparative law.

**KEY WORDS:** Private International Law; International maritime law; international maritime arbitration; arbitration agreement; international maritime transport; Rotterdam Rules.

**SUMARIO.**- I. Introducción.- II. El arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el transporte marítimo internacional.- III. La cláusula de arbitraje como expresión de la voluntad común de las partes de someterse a arbitraje.- 1. Particularidades que presenta la cláusula arbitral en el tráfico marítimo internacional.- IV. Problemas que plantea la validez del convenio arbitral en el transporte marítimo internacional.- 1. Incorporación por referencia de las cláusulas de arbitraje y los terceros adquirentes de buena fe.- 2. Cláusulas de arbitraje incorporadas unilateralmente y los terceros adquirentes de buena fe.- V. Necesidad de flexibilizar la interpretación de las cláusulas arbitrales en el transporte marítimo internacional.- VI. Problemas derivados de la ausencia de normativa uniforme.- VII. Regulación en las reglas de Rotterdam.- 1. Antecedentes: Las Reglas de Hamburgo.- 2. Las Reglas de Rotterdam.- A) Introducción.- B) Objetivos de las Reglas de Rotterdam.- C) Carácter dispositivo de las disposiciones en materia arbitral.- D) Los acuerdos de arbitraje.- E) Extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros adquirentes de buena fe.- F) Acuerdos de arbitraje en el transporte no regular.- VIII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN.

El objeto de este trabajo consiste en presentar las soluciones que contiene el Convenio de Naciones Unidas sobre el contrato internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, conocido, comúnmente, como las Reglas de Rotterdam sobre una de las cuestiones más emblemáticas en estos momentos en el transporte marítimo internacional. Nos referimos a los problemas que plantea la eficacia de los acuerdos de arbitraje en el ámbito del Derecho marítimo debido fundamentalmente a las especiales características que rodean a este sector del comercio internacional. Para ello, es necesario señalar la existencia de una pluralidad de fuentes normativas susceptibles de regular la cuestión en la actualidad. Asimismo, resulta imprescindible analizar la regulación contenida al respecto en los instrumentos normativos existentes de carácter internacional haciendo hincapié, además, en la disparidad de soluciones que ofrecen los diferentes sistemas estatales a nivel de Derecho comparado.

## II. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL.

Como es bien sabido, el arbitraje se configura como un mecanismo alternativo a la resolución judicial de los conflictos. Su utilización en la práctica va a depender

### • Rosa Lapiedra Alcamí

Es Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universitat de València (España) y Doctora en Derecho por este mismo Centro. Ha impartido clases de Derecho Internacional Privado, Contratación internacional, Derecho de familia y Comercio internacional tanto en Grado como en Postgrado en la Universitat de València y en la Universidad Jaume I de Castellón (España). Asimismo, ha sido profesora visitante en la Universidad de Florianópolis (Brasil) y ha realizado numerosas estancias de Investigación en el Instituto de Estudios Legales Avanzados de Londres (IALS). Desde el punto de vista práctico, ha estado trabajando en la Cámara de Comercio Internacional de París en la tramitación de arbitrajes comerciales internacionales. Ha participado en numerosos Proyectos de Investigación relacionados con el arbitraje comercial internacional, comercio internacional, derecho de familia, sustracción internacional de menores, derecho de la Unión Europea, etc. Actualmente dirige un Módulo de Docencia Jean Monnet en materia de Derecho de familia y sucesiones en la Unión Europea. Correo electrónico: rosa.lapiedra@uv.es.

única y exclusivamente de la voluntad de las partes. Voluntad que se plasma en la cláusula de arbitraje o convenio arbitral. Constituye, pues, una forma privada de justicia a la que se le atribuyen efectos jurídicos teniendo, por tanto, un carácter voluntarista y privado<sup>1</sup> que suscita numerosos problemas en la práctica<sup>2</sup>. En la práctica, se presenta como el mecanismo de resolución de conflictos más utilizado en el ámbito del comercio internacional y, por supuesto, también en el sector del transporte marítimo internacional. De hecho, parece haberse generalizado la expresión arbitraje marítimo internacional.

El cada vez mayor número de conflictos surgidos al hilo de las operaciones de transporte marítimo internacional, unido a las particulares condiciones y especificidades que rodean a este sector del comercio convierten al arbitraje en el mecanismo más idóneo para resolver los conflictos derivados dado que requieren de una gran especialización. Tanto es así que, la solución de este tipo de controversias requiere, sin duda, no sólo un amplio conocimiento del derecho, sino también grandes aptitudes de carácter técnico<sup>3</sup>. En efecto, todas estas peculiaridades exigen la designación de expertos conocedores de los entresijos del comercio marítimo. En consecuencia, dependiendo de la naturaleza y el objeto del conflicto se designará a unos árbitros u otros. No ocurre lo mismo con los jueces por cuanto que, por lo general, no son especialistas en derecho marítimo. Si bien, lo cierto es que en los países con una gran tradición jurídica en el ámbito marítimo existe una gran especialización en el sector; no sólo de árbitros sino también de jueces.

Si a todo ello le unimos la dificultad que plantea la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales en la materia por la ausencia de convenios internacionales, frente a la flexibilidad que existe en el ámbito arbitral gracias al Convenio de Nueva York de 1958, llegamos a la conclusión que el arbitraje constituye el instrumento clave para resolver las diferencias que puedan surgir del comercio marítimo. Sin embargo, como veremos, la utilización del arbitraje en los conflictos derivados del comercio marítimo plantea numerosos problemas en la práctica.

Ante la existencia de un gran número de controversias derivadas precisamente del transporte marítimo internacional de mercancías y la conveniencia que hemos visto de acudir al arbitraje para su resolución, se trata de dilucidar si efectivamente resulta viable y ajustado a derecho el recurso a este mecanismo de resolución de controversias.

1 MEANA GREEN, F.: "Particularidades que el convenio arbitral presenta en el arbitraje marítimo", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo V, Cuaderno 3, Septiembre 1993, p. 277.

2 Vid. Al respecto LAPIEDRA ALCAMI, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 285 y ss.

3 ADRAGNA, E.: "Arbitraje Marítimo", *Derecho comercial y de las Obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, núm. 241, 2010, p. 582; MEANA GREEN, F.: "Particularidades que el convenio", cit., pp. 277-278.

### III. LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE COMO EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD COMÚN DE LAS PARTES DE SOMETERSE A ARBITRAJE.

Tradicionalmente, el recurso a la vía arbitral se ha hecho depender de que las partes vinculadas en la relación jurídica manifestaran su voluntad común de someterse al juicio de los árbitros, a través de convenio arbitral.

La cuestión radica en determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a la validez de las cláusulas de arbitraje en el sector del derecho marítimo. En esta materia, y a falta de un instrumento específico que regule los requisitos que debe reunir el convenio arbitral debemos acudir a los criterios generales. En efecto, ninguno de los textos convencionales específicos del derecho marítimo regula el arbitraje<sup>4</sup>, quedan a salvo las Reglas de Hamburgo aunque tampoco abordan esta concreta cuestión. De ahí que, con carácter general, la validez formal y sustancial de una cláusula arbitral se hace depender; de conformidad con el art. II del Convenio de Nueva York de 1958 y el art. 1.2º del Convenio de Ginebra de 1961, de que dicha cláusula se incluya en el contrato o bien figure en un compromiso independiente y que sea firmada por ambas partes. O bien, que la voluntad de las partes resulte de un intercambio de cartas, telegramas o cualquier medio de comunicación, emails, faxes, etc. En definitiva, debe quedar constancia por escrito de algún modo de la existencia de la voluntad de ambas partes de querer dirimir sus diferencias por la vía arbitral. Obviamente, tratándose de una forma privada de justicia no cabe que una parte lo imponga a la otra.

Tal es así que, los jueces y tribunales españoles de forma reiterada han denegado el reconocimiento y ejecución de una decisión arbitral cuando no quedaba constancia evidente de la voluntad común de querer someterse al arbitraje. En efecto, la falta de prueba suficiente del interés de ambas partes en el arbitraje, en cuanto que estaríamos ante una cláusula arbitral nula, se erige como uno de los cinco motivos de denegación alegables a instancia de parte en el art.V.I.a) del Convenio de Nueva York de 1958. De ahí la enorme importancia de que quede suficientemente probada la voluntad común de las partes en este sentido.

Es por ello que a continuación, pasaremos a ver cuáles son las peculiaridades que presenta la cláusula arbitral en el sector del transporte marítimo internacional, a efectos de poder valorar la existencia de una cláusula arbitral válida.

#### I. Particularidades que presenta la cláusula arbitral en el tráfico marítimo internacional.

Nos encontramos ante una modalidad contractual compleja<sup>5</sup> que admite muchas variantes. Si bien, a efectos de determinar los problemas que plantea la validez de

4 LA MATTINA, A.: *L'Arbitrato marittimo e i principi del commercio internazionale*, Giuffrè, Milan, 2012, pp. 49 y 50.

5 Vid. LAPIEDRA ALCAMI, R.: *Medidas cautelares en, cit.*, pp. 35-38.

las cláusulas arbitrales en este ámbito, partiremos de la situación más habitual, desde el punto de vista práctico, siendo el contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque el más utilizado.

Las partes suelen incorporar la cláusula de arbitraje en el contrato de transporte -también denominado póliza de fletamento- que generalmente se realiza entre el porteador y el cargador -ya sea el comprador o el vendedor-, dependiendo de quien asuma el transporte en cada caso, de conformidad con el INCOTERM utilizado. A *posteriori*, se emite el conocimiento de embarque en virtud de la citada póliza. Este conocimiento de embarque en la mayoría de las ocasiones es un título valor negociable y, por tanto, transferible a terceros. De ahí que nada impide que un tercero adquirente de buena fe se vea implicado en una relación de la que no era parte en un principio.

Como se ha podido observar, la situación se suele complicar porque habitualmente las dos partes que firman el contrato de transporte marítimo internacional donde se incluye el convenio arbitral, no suelen coincidir con las partes entre las que se plantea el litigio. De hecho, el conocimiento de embarque se emite a favor del porteador; sin embargo, quien habitualmente ejercita los derechos suele ser el consignatario o el cargador que es una persona distinta cuando la mercancía se ha vendido en tránsito.

Llegados a este punto, caben dos hipótesis que suelen darse en la práctica diaria del transporte marítimo internacional, la primera, que el conocimiento de embarque no contenga expresamente una cláusula arbitral, sino por referencia al contrato de fletamento donde si consta de forma expresa. La segunda, que en el conocimiento de embarque figure impresa al dorso una cláusula arbitral. Y, junto a ello, debe considerarse que en ambas hipótesis cabe la posibilidad de que el conocimiento de embarque sea transferido a un tercero adquirente de buena fe.

En el primer caso, estamos ante la cuestión relativa a la validez de las cláusulas de arbitraje incorporadas por referencia. Mientras que el segundo supuesto refiere a las cláusulas arbitrales incorporadas unilateralmente por una de las partes y, por ende, que no han podido ser negociadas. En el tercer supuesto, que como se ha visto puede darse en cualquiera de las dos situaciones anteriores, estamos ante la cuestión relativa a la posible extensión de efectos de la cláusula arbitral a los terceros adquirentes de buena fe que son totalmente ajenos al contrato originario.

De entrada, el hecho de que las partes tengan libertad para decidir resolver sus diferencias por la vía arbitral no debe llevarnos a aceptar como válida cualquier cláusula arbitral, aunque figure impresa al dorso de un conocimiento de embarque por referencia a una póliza de fletamento. Debe verificarse que dicha cláusula cumple todas las condiciones y requisitos de validez sustancial y formal y muy especialmente

controlar que no sea una cláusula impuesta por una de las partes en condiciones abusivas<sup>6</sup>.

#### IV. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL.

##### I. Incorporación por referencia de las cláusulas de arbitraje y los terceros adquirentes de buena fe.

Ya se ha visto que la voluntad de las partes es el fundamento de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos, de ahí que de algún modo éstas deben manifestar su asentimiento al arbitraje. En la práctica, como veremos a continuación, este consentimiento no siempre se manifiesta de forma escrita en los documentos estándar utilizados en el sector del transporte marítimo internacional. De hecho, a menudo, el conocimiento de embarque no contiene directamente una cláusula arbitral, sino por referencia al contrato de transporte donde si consta expresamente. Estamos ante las denominadas incorporaciones por referencia de una cláusula arbitral que, pese al silencio del Convenio de Nueva York de 1958, constituye una práctica más que habitual en el tráfico marítimo internacional<sup>7</sup>. Sin embargo, no es exclusiva de este sector, ya que también se da en otros ámbitos. Así se recoge expresamente en la propia Ley Modelo UNCITRAL de arbitraje de 2006 en su art. 7.6 en los siguientes términos: *“La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”*<sup>8</sup>.

La cuestión que se suscita radica en determinar hasta qué punto vincula a las partes la cláusula arbitral contenida en la póliza de fletamento y meramente referenciada en el conocimiento de embarque. Esto es, resulta necesario determinar si en tales circunstancias puede entenderse que estamos ante una cláusula arbitral válida, tanto desde el punto de vista sustancial, como formal. En efecto, la cuestión de la existencia y validez del acuerdo arbitral plantea dudas en la práctica cuando el acuerdo arbitral consta en un documento separado al que se hace referencia en el conocimiento de embarque.

En el supuesto en que el conocimiento de embarque, refiera en concreto y de forma expresa a la cláusula arbitral contenida en la póliza de fletamento parece que no se plantean muchas dudas en cuanto a su validez. En estos casos constituirá un

6 AGUIRRE RAMÍREZ, F., FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: *Transporte Marítimo*, Vol. III, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª ed., Uruguay, 2011, p. 365.

7 ESPLUGUES MOTA, C.: “Validity and effects of the incorporation by reference of arbitration agreements in international maritime arbitration: current situation and future trends”, *Diritto del Commercio Internazionale*, Fasc. 2, 2012, p. 380.

8 Vid. el art. 7.6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006.

acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia indique claramente que esa cláusula forma parte del conocimiento de embarque<sup>9</sup>. De ahí que, no cabe ninguna duda en cuanto a la validez de una cláusula arbitral incorporada por referencia. Lo más importante es que exista claridad en los términos a la hora de realizar esta incorporación del convenio arbitral en un documento distinto de donde figura originariamente.

Sin embargo, los problemas surgen cuando existe una remisión global al contrato de fletamento sin mencionar específicamente la cláusula de arbitraje<sup>10</sup>. De ahí que, en los casos en que el conocimiento de embarque remita con carácter genérico al contrato de transporte, sin hacer mención expresa al convenio arbitral parece que la doctrina interpreta que no se entiende incluida en estos casos la citada cláusula o dicho de otro modo, que no cumple con los requisitos de forma exigidos por el Convenio de Nueva York de 1958<sup>11</sup>.

Si esta hipótesis ya plantea, en ocasiones, serias dudas en cuanto a la validez de estas cláusulas entre las partes firmantes del contrato, imaginemos la situación en que la persona afectada sea un tercero adquirente de buena fe ¿quedan, asimismo, vinculados por aquélla? Pese a ello no debe desconocerse el hecho de que esta incorporación por referencia constituye una práctica generalizada.

En la práctica, el contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque suele ser el más utilizado en la práctica y es comúnmente aceptado que éste incorpore una cláusula de arbitraje, ya sea directamente o por referencia<sup>12</sup>. El conocimiento de embarque constituye en la mayoría de las ocasiones un título valor negociable, esto es, susceptible de ser transmitido en tránsito a terceros. Es más, es de señalar, que este tipo de operaciones son muy frecuentes en el ámbito del transporte marítimo internacional por lo que desde una perspectiva práctica se plantean varias cuestiones, ¿qué ocurre si el destinatario originario de las mercancías –comprador- vende las mercancías en tránsito? El tercero que las adquiere de buena fe, ¿queda obligado por la cláusula de arbitraje que figuraba en la póliza de fletamento y ha sido referenciada en el conocimiento de embarque? Dicho de otro modo, ¿qué eficacia tendrá esta cláusula arbitral para el destinatario de las mercancías –tercero adquirente- cuando el transportista pretende hacerla valer para atender la reclamación presentada por aquél?

9 ESPLUGUES MOTA, C.: *Arbitraje marítimo internacional*, Civitas, Madrid, 2007, p. 181.

10 ESPLUGUES MOTA, C.: "Some current developments in international maritime arbitration", p. 183, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1952777>.

11 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *Condiciones generales en la contratación internacional*, La Ley, Madrid, 1992, p. 155; AGUIRRE RAMÍREZ, F., FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: *Transporte Marítimo...*, cit., p. 368.

12 MEANA GREEN, F.: "Particularidades que el convenio", cit., p. 284.

En realidad, estamos ante una cláusula arbitral que el tercero no sólo es que no ha podido negociar, es más, seguramente ni siquiera conoce de su existencia puesto que no es parte en el contrato originario. En definitiva, se trata de determinar la posible extensión de los efectos de una cláusula arbitral a terceros que no han prestado su consentimiento al arbitraje.

Si optamos por aceptar la extensión del convenio arbitral a un tercero ajeno a la relación en las mismas condiciones que la parte originaria en el contrato de transporte le situará, por tanto, en una clara situación de desventaja. En efecto, debe tenerse en cuenta que, tanto si la cláusula ha sido incluida por las partes originarias en la póliza de fletamento como si ha sido unilateralmente incluida por el transportista en el conocimiento de embarque, probablemente le obligue a litigar muy lejos de su residencia habitual lo que previsiblemente le alentará a desistir en su reclamación por los elevados costes que le supondrá seguir adelante. De entrada, esta hipótesis resulta totalmente contraria a los principios generales en los que tradicionalmente se ha inspirado el arbitraje.

Sin embargo, resulta necesario, por un lado, ser conscientes de la realidad diaria del transporte marítimo internacional donde diariamente se realizan estas incorporaciones por referencia, de ahí la necesidad de adaptarse a sus necesidades. Y, por otro lado, no debe perderse de vista la necesidad de proteger al tercero de buena fe que puede verse vinculado por unas cláusulas y condiciones que no ha pactado, desconoce y además le perjudican.

De conformidad con el Convenio de Nueva York ni se admite ni se prohíbe esta posibilidad en cuanto que guarda silencio al respecto. Desde la óptica legal y jurisprudencial comparada las soluciones son variadas si bien la tendencia mayoritaria se muestra favorable a su admisión ya sea con mayor o menor flexibilidad. De ahí que dependiendo del país en el que nos encontremos esta posibilidad de extensión se admitirá o se rechazará o bien, será más o menos flexible<sup>13</sup>.

Quizás una forma de proteger al tercero tenedor de buena fe y ajeno a la relación contractual originaria y a la de transporte sería que en el conocimiento de embarque que se emite a consecuencia de un contrato de fletamento se hiciera constar expresamente que el tenedor del conocimiento de embarque quedará obligado por la cláusula de arbitraje incorporada por referencia a un contrato de fletamento o bien al dorso del conocimiento de embarque<sup>14</sup>. De ahí que el tercero conocerá de la existencia de la cláusula arbitral y siempre podría examinar todas las

13 Para un análisis en profundidad de las distintas soluciones legales y jurisprudenciales en el plano comparado vid. ESPLUGUES MOTA, C.: *Arbitraje marítimo*, cit., pp. 184-340.

14 RODRIGUEZ GAYÁN, E. M.: "El arbitraje internacional en las pólizas de fletamento y en los conocimientos de embarque", R.C.E.A., 1996, p. 22.

condiciones antes de la recepción de las mercancías<sup>15</sup>. En tal caso, se entendería que las partes habrían consentido su inclusión en el contrato.

Piénsese, además, que el único documento que puede determinar la situación jurídica del tercero es el conocimiento de embarque<sup>16</sup>. De ahí la conveniencia de hacer constar en el expresamente y de forma clara que consecuencias jurídicas supone para el tenedor del mismo. De este modo, en caso de conflicto las partes (porteador) no se encontraría con la sorpresa de que un tribunal estatal declare nula o inexistente la cláusula de arbitraje por falta de consentimiento de una de ellas.

Pese a lo expuesto, lo cierto es que en la práctica, y como veremos más adelante, la solución va a depender del régimen jurídico aplicable en cada supuesto. En efecto, cuando una de las partes o el tercer adquirente de buena fe entiendan que no ha existido voluntad común de sometimiento y planteen la cuestión de la invalidez de la cláusula de arbitraje ante la jurisdicción estatal, la respuesta variará dependiendo de lo dispuesto en cada sistema estatal, con la consiguiente incertidumbre y falta de seguridad jurídica que ello ocasiona para los operadores del tráfico mercantil internacional.

## 2. Cláusulas de arbitraje incorporadas unilateralmente y los terceros adquirentes de buena fe.

Junto a ello, no debe obviarse el hecho de que nos encontramos ante un sector del comercio internacional con unas necesidades propias y que presenta unas particularidades muy concretas. De hecho, los sujetos que intervienen en el tráfico marítimo internacional, no sólo son de distinta nacionalidad, sino que habitualmente residen cada uno en una parte del mundo. En esta coyuntura, los negocios entre las partes se materializan en pólizas de fletamento y/o conocimientos de embarque que se cierran en la mayoría de las ocasiones poco antes de que la mercancía quede a disposición del porteador. Circunstancia ésta que dificulta que los contratos de fletamento queden firmados a tiempo, si bien, todas las condiciones y términos del contrato ya han sido concretados mediante intercambio de emails, faxes, etc.

A mayor abundamiento, los conocimientos de embarque suelen contratarse en la mayoría de los casos incluso telefónicamente. De ahí que, no exista un documento firmado por ambas partes. El conocimiento de embarque pese a que, en muchos casos es un título valor transferible y cumple funciones muy importantes, no deja de ser un documento típico del transporte marítimo que en la mayoría de las ocasiones es unilateralmente emitido por el transportista que la contraparte suele aceptar sin

15 SPARKA, F.: *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, Heidelberg, London, N.Y., Springer, 2009, p. 213.

16 ESPLUGUES MOTA, C.: *Arbitraje marítimo*, cit., p. 182; GABALDÓN GARCÍA, J. L.: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, 3ª ed., Madrid, 2006, p. 486.

más y que va firmado únicamente por el porteador<sup>17</sup>. Sobre todo, en los contratos de transporte en línea, por lo que no puede equipararse al contrato de transporte. Qué duda cabe que lo más lógico será que la cláusula arbitral que figure en el mismo haya sido diseñada en su propio beneficio y, por tanto, en perjuicio de la parte contra la que se invoque, constituyendo, en definitiva, una especie de cláusula de adhesión impuesta por el transportista como parte fuerte de la relación jurídica.

En caso de conflicto, habrá que estar a la cláusula de arbitraje unilateralmente introducida por el armador en el conocimiento de embarque obligando en cierto modo al tomador del mismo, ya sea una de las partes en el contrato originario, ya sea un tercero poseedor a aceptarla y a resolver sus diferencias de acuerdo con los términos de la misma<sup>18</sup>. De ahí que más que una negociación estemos ante una especie de contrato de adhesión, donde la compañía naviera como parte más fuerte del contrato impone sus condiciones a la parte más débil en la relación. Bajo estas circunstancias, *a priori*, resulta bastante dudoso que las cláusulas arbitrales allí contenidas cumplan con los requisitos legalmente establecidos para ser consideradas válidas y eficaces<sup>19</sup>. Si bien, la validez de las cláusulas arbitrales de adhesión podría sostenerse a condición de que se transmita a la parte afectada una clara información de la misma y de las consecuencias que puede tener para la parte que no ha participado en su redacción<sup>20</sup>.

## V. NECESIDAD DE FLEXIBILIZAR LA INTERPRETACION DE LAS CLAUSULAS ARBITRALES EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL.

Como terminamos de ver, la utilización del arbitraje en los conflictos derivados del comercio marítimo plantea numerosos problemas en la práctica. La realidad demuestra que en el comercio marítimo internacional no sólo puede haber una gran variedad de distintos y potenciales sujetos intervinientes, sino que además, durante la ejecución del contrato pueden ir variando los sujetos que originariamente han intervenido en la relación. Piénsese que junto a todos estos posibles sujetos afectados por la relación aparecen, asimismo, las empresas aseguradoras que indirectamente se ven implicadas en las reclamaciones. Es más, en muchos casos el cargador negocia y contrata el transporte con empresarios que, a su vez, subcontratan con terceros la ejecución de todo o parte de la prestación. De ahí que, en caso de que se produzca un daño en la mercancía durante el transporte, resulta difícil determinar quién o

17 ESPLUGUES MOTA, C.: *Arbitraje marítimo*, cit., p. 181; ESPINOSA CALABUIG, R.: "Arbitraje marítimo, Lex mercatoria e intereses de terceros", *Anuario Europeo de Derecho del Comercio Internacional*, núm. 1, 2004, p. 183.

18 MEANA GREEN, F.: "Particularidades que el convenio", cit., p. 283.

19 AGUIRRE RAMÍREZ, F., FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: *Transporte Marítimo*, cit., p. 368.

20 RUBIO ESCOBAR, P. M., RODRÍGUEZ RODERO, P.: "La discutida exigencia del presupuesto de la inequívoca voluntad de sumisión en materia de arbitraje de transportes: posible infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho de acceso a la jurisdicción, de la presunción legal de sumisión a arbitraje de transportes", *Revista del Club Español de Arbitraje*, núm. 6, 2009, p. 78.

quiénes de los intervinientes son los responsables<sup>21</sup>. En definitiva, lo expresado describe el complejo problema de la identificación del sujeto o sujetos obligados a responder de los daños ocasionados durante el viaje de las mercancías. En efecto, las circunstancias que rodean a este sector del comercio hacen inviable la aplicación de las reglas generales del arbitraje<sup>22</sup>, por lo que a los requisitos de carácter sustancial y formal del convenio arbitral se refiere. Tan injusto sería tratar dos situaciones diferentes de igual forma como tratar de forma desigual dos situaciones idénticas.

Todos estos problemas derivan fundamentalmente de las dificultades que existen en la interpretación de las cláusulas de arbitraje en el sector del transporte marítimo. Problemas que, además, son específicos de este sector del comercio ya que no se plantean en otros ámbitos. Todas estas especificidades y circunstancias excepcionales que rodean al arbitraje marítimo internacional exigen, asimismo, soluciones adaptadas o especiales. En este sentido, reclaman una particular interpretación de las cláusulas arbitrales, esto es, unas reglas de interpretación propias. De ahí la necesidad de flexibilizar la interpretación de las cláusulas de arbitraje. Tanto es así que, en realidad el elemento determinante de la validez de las cláusulas de arbitraje en todas las circunstancias anteriores que se han visto radica en cómo se interprete esta aceptación<sup>23</sup>.

Ahora bien, resulta necesario conjugar una interpretación flexible, necesaria para adaptarse a las exigencias del transporte marítimo internacional, con el necesario respeto a los requisitos formales puesto que es lo único que ayudará a determinar si existió o no voluntad común de someterse a arbitraje.

La práctica diaria ha llevado a la necesidad de interpretar de forma flexible las cláusulas de arbitraje incorporadas en un contrato de transporte<sup>24</sup>. Tal es así que la doctrina habla de la generación de unos usos y prácticas tendentes a flexibilizar la interpretación de las cláusulas de arbitraje<sup>25</sup>. Si se constata la existencia de unos usos y prácticas generalizados en la materia significará que debe presumirse que la otra parte los conoce o debe conocerlos por seguirse de forma habitual en ese determinado sector del comercio internacional<sup>26</sup> y estar contenidos en uno de los documentos estándar habitualmente utilizados. De ahí que se presumiría el consentimiento de las partes de someterse a arbitraje y por ende se entenderían

21 PULIDO BEGINES, J. L.: *El concepto de porteador efectivo en el derecho uniforme del transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 22.

22 LA MATTINA, A.: *L'Arbitrato marittimo* e, cit., pp. 15 y 16.

23 ESPINOSA CALABUIG, R.: "Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los 'usos' del tráfico comercial internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13, junio, 2007, p. 4.

24 LA MATTINA, A.: *L'Arbitrato marittimo* e, cit., p. 173.

25 ESPINOSA CALABUIG, R.: "Arbitraje marítimo", cit., p. 177; ESPLUGUES MOTA, C.: "Some current developments in international maritime arbitration", en *Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2007 & 2008*, Volume 16, Springer, 2010, p. 123.

26 Vid. al respecto, REIG FABADO, I.: *El contrato internacional de ingeniería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 157-159.

cumplidos los requisitos formales y sustanciales de la cláusula arbitral pese a que no ha sido negociada por las partes<sup>27</sup>. Sólo así quedaría garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de salvaguardar que la renuncia al acceso a la jurisdicción que ello implica responde a la voluntad del litigante<sup>28</sup>. Esta flexibilización supone la posibilidad de que la cláusula arbitral incluida en un contrato de transporte se haga valer frente a terceros que posean de buena fe un conocimiento de embarque que se haya emitido en base al citado documento de transporte, y que incorpore la cláusula arbitral, pero por referencia con términos claros. No obstante, es de señalar que esta práctica que viene siendo habitual plantea serios problemas por cuanto que el tercero queda en la más absoluta indefensión por las razones que ya se han visto.

Lo cierto es que la Ley española de arbitraje de 2003, en línea con la tendencia mayoritaria seguida en los países de nuestro entorno, se sumaría a este proceso de flexibilización de los requisitos tradicionalmente exigidos a la validez formal y sustancial del convenio arbitral<sup>29</sup>. En efecto, el art. 9.6 de la ley de arbitraje sujeta la validez de la cláusula arbitral, a las 'normas jurídicas' elegidas por las partes o a las normas jurídicas aplicables al fondo del asunto, remitiendo por tanto a la *Lex Mercatoria*<sup>30</sup>.

## VI. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA AUSENCIA DE NORMATIVA UNIFORME.

Como terminamos de ver, uno de los principales problemas que se plantean en la práctica de arbitraje en el sector del transporte marítimo internacional deriva precisamente de la interpretación de las cláusulas de arbitraje<sup>31</sup>. Esta cuestión que podría resultar obvia plantea muchos problemas a la hora de materializarse en la práctica. Y ello debido fundamentalmente a la ausencia de una normativa uniforme que regule el arbitraje marítimo internacional pese a los esfuerzos realizados por la comunidad marítima internacional. Esfuerzos que no han dado los frutos esperados. Si bien se habla de los usos y prácticas, esto es, *lex mercatoria* que avala esta interpretación flexible, todavía no está del todo afianzada por lo que no permite todavía solventar el problema en la práctica. En efecto, el elevado número de instrumentos legislativos que existen en la materia, unido al escaso número de ratificaciones que han obtenido añade un elemento más de dificultad a una cuestión intrínsecamente compleja.

27 ESPINOSA CALABUIG, R.: "Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico comercial internacional", *REEI*, núm. 13, junio 2007, p. 10.

28 RUBIO ESCOBAR, P.M., RODRIGUEZ RODERO, P.: "La discutida exigencia del", cit., p. 81.

29 ESPINOSA CALABUIG, R.: "Las cláusulas arbitrales", cit., p. 7.

30 Vid. el art. 9.6 de la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje con la reforma introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo.

31 ESPINOSA CALABUIG, R.: "Arbitraje marítimo, Lex", cit., p. 177.

La necesidad de una normativa uniforme en la materia se hacía patente desde hace muchos años<sup>32</sup>, de ahí los numerosos intentos de unificación que ha habido que no han hecho sino complicar todavía más el panorama legislativo existente<sup>33</sup>. La dispersión normativa que tradicionalmente ha caracterizado la regulación del transporte marítimo internacional supone, sin duda, un obstáculo jurídico al comercio internacional.

Esta materia cuenta con demasiados regímenes diferentes, baste citar las Reglas de la Haya, Reglas de la Haya-Visby<sup>34</sup>, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías de 1978, conocido comúnmente como las "Reglas de Hamburgo" y, por supuesto, la legislación interna de cada Estado. La existencia de esta pluralidad de instrumentos normativos convierte la determinación del régimen jurídico aplicable en cada caso concreto en una cuestión, en ocasiones difícil de resolver y, por supuesto, con el consiguiente riesgo de inseguridad jurídica, así como imprevisibilidad de soluciones que ello implica<sup>35</sup>.

En efecto, la enorme diversidad legislativa que existe con la consiguiente disparidad de soluciones legales lleva en muchos casos a soluciones totalmente inconciliables e incluso contradictorias. En efecto, la principal disfunción se produce cuando ante una misma situación los tribunales de un país declaran, de conformidad con sus propias normas, la existencia y validez de la citada cláusula con su consiguiente vinculación a terceros. Mientras que los tribunales de otro Estado en aplicación de su régimen jurídico entienden que no puede alegarse la existencia de la cláusula arbitral, por cuanto que no queda constancia de la voluntad común de las partes de someterse al juicio de los árbitros, ya sea por falta de firma de ambas partes más aún si es un tercero poseedor de buena fe.

Bajo estas circunstancias, todas las ventajas que hemos visto que presenta *a priori* el arbitraje frente a la justicia estatal se desvanecen toda vez que alguna de las partes acude a un juez estatal para que valore la existencia o inexistencia de la cláusula de arbitraje. Por cuanto que su validez se determinará de conformidad con la normativa prevista en el Estado a que pertenezca el juez. Teniendo en cuenta que no existe una regulación uniforme al respecto y la disparidad de criterios existentes en la legislación de cada Estado, la decisión podrá variar totalmente dependiendo del lugar donde se plantea la cuestión.

32 CARBONE, S. M.: *Trattato di diritto civile e commerciale: Contrato di trasporto marittimo di cose*, Giuffrè, 2ª ed., Milan, 2010, pp. 3-5.

33 En primer lugar, la Convención de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque (Reglas de la Haya de 1924), junto a ella, el Protocolo Modificadorio de la Convención de Bruselas (Reglas de la Haya-Visby de 1968) y, finalmente, la Convención de Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías (Reglas de Hamburgo de 1978).

34 Si bien es de señalar que estas carecen de norma en materia de arbitraje.

35 AGUIRRE RAMÍREZ, F., FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: *Transporte Marítimo*, cit., p. 360.

En la práctica, ante un conflicto, dependiendo de la autoridad judicial que conozca del mismo aplicará una normativa u otra, lo que facilitará el conocido fenómeno del *forum shopping*<sup>36</sup>. Si bien, es de señalar que la existencia de este riesgo afianza todavía más, el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, ya que el árbitro dispone de una amplia libertad a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable al arbitraje, a diferencia de las autoridades judiciales que deben ceñirse a la aplicación de la normativa que vincula al Estado al que pertenecen para resolver un conflicto.

Esto es precisamente lo que ocurrió en el Asunto *National Navigation Co v Endesa generación SA*<sup>37</sup>. La empresa española –propietaria de la mercancía- el 23 de enero de 2008 interpone una demanda ante los juzgados de lo mercantil de Almería (Málaga) contra la empresa naviera egipcia *National Navigation* en la que reclama el embargo del buque así como una indemnización por daños a consecuencia de un retraso en la entrega de la mercancía. La naviera egipcia *National Navigation*, interpuso una excepción por falta de competencia judicial internacional de la jurisdicción española alegando la existencia de una cláusula de arbitraje incluida en el conocimiento de embarque por referencia a un contrato de fletamento, en virtud de la cual el arbitraje tendría lugar en Londres.

El 3 de diciembre de 2008 el tribunal español declaró que, de conformidad con el derecho español, la cláusula de arbitraje era nula puesto que la naviera *National Navigation* no había informado a Endesa de la existencia de dicho contrato de fletamento ni de la existencia de la cláusula arbitral contenida en el mismo. En consecuencia, no son partes en dicho contrato y la cláusula arbitral no vincula a la empresa española. De forma simultánea, la empresa naviera con el objeto de hacer valer la cláusula arbitral acude a los tribunales ingleses –commercial court in London- cuestionando la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles. El tribunal británico paradójicamente, y en clara contradicción con la resolución dictada por la jurisdicción española declara la validez de la cláusula arbitral al amparo del Derecho anglosajón, de ahí que las partes estaban obligadas a resolver sus controversias a través del arbitraje en Londres. Es más, el propio tribunal argumenta que se trata de una cuestión de orden público lo que impedía el reconocimiento y la ejecución de la decisión dictada por los tribunales españoles.

Como se ha visto, en la práctica no todos los tribunales admiten esta flexibilización de los requisitos exigibles a la validez de una cláusula de arbitraje. De este modo se pone claramente de manifiesto las consecuencias tan negativas derivadas de

36 ESPINOSA CALABUIG, R.: "Arbitraje marítimo, Lex", cit., p. 176.

37 Sentencia en el asunto *National Navigation Co v. Endesa Generación SA* [2009] EWCA Civ 1937 (17 de diciembre de 2009), disponible en [www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/1397.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/1397.html).

la inexistencia de una normativa uniforme en materia de transporte marítimo internacional<sup>38</sup>.

## VII. REGULACIÓN EN LAS REGLAS DE ROTTERDAM.

### I. Antecedentes: Las Reglas de Hamburgo.

El Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte marítimo de mercancías de 1978, se conoce comúnmente como las Reglas de Hamburgo que, además, junto a las de Rotterdam son las únicas que regulan la cuestión relativa a la validez de las cláusulas de arbitraje, el resto de instrumentos guardan silencio al respecto. Es por ello que analizaremos, en primer lugar, la solución prevista en las reglas de Hamburgo y, a continuación, abordaremos la regulación incorporada en las reglas de Rotterdam. En efecto, las Reglas de Hamburgo ofrecen una solución concreta en relación con la validez de las cláusulas de arbitraje en el sector del transporte marítimo internacional. Así, en primer lugar, y con carácter general, permiten que cualquier controversia derivada de un transporte de mercancías sea sometida a arbitraje –art. 22.1-. Junto a ello, el Convenio de Hamburgo se ocupa también de una de las cuestiones que más preocupan en la práctica, a saber, la cuestión relativa a los terceros adquirentes de buena fe. En este sentido, la posibilidad de extender los efectos de la cláusula arbitral va a depender de una serie de condiciones. Así, para que el convenio arbitral pueda ser invocado por el porteador contra el tenedor de buena fe del conocimiento de embarque, ya sea parte originaria en el contrato o tercero adquirente, será necesario que el conocimiento de embarque emitido a consecuencia del contrato de transporte contenga una cláusula donde conste, expresamente, que dicha cláusula arbitral será vinculante para el poseedor de buena fe de dicho conocimiento de embarque –art. 22.2-.

Por lo que se refiere al lugar de la celebración del arbitraje, las Reglas de Hamburgo prevén varias alternativas, a elección del demandante. De ahí que pueda elegir, por un lado, entre el lugar designado por la cláusula arbitral, por otro, el lugar donde radique el establecimiento principal o, en su defecto, en la residencia habitual del demandado. Asimismo, el lugar de celebración del contrato, siempre que allí radique algún establecimiento del demandado. Y, finalmente, el puerto de carga y de descarga –art. 22.3-.

En consecuencia, de conformidad con el Convenio, será perfectamente válido que el transportista incluya unilateralmente el lugar de celebración del arbitraje en la cláusula arbitral, pudiendo tratarse de un lugar totalmente desvinculado de la

38 Para un análisis exhaustivo de los distintos intentos de unificación en el ámbito del Derecho marítimo internacional, vid. TETLEY, W.: "Uniformity of International Private Maritime Law-The Pros, Cons, and Alternatives to International Conventions-How to Adopt an International Convention", *Tulane Maritime Law Journal*, núm. 24, 2000, pp. 775-856.

relación jurídica y, por supuesto, en su propio beneficio. Esta disposición parte de la hipótesis de que la cláusula arbitral ha sido negociada por las partes, cuando es bien sabido que en muchas ocasiones constituyen auténticos contratos de adhesión.

## 2. Las Reglas de Rotterdam.

### A) Introducción.

Una vez presentada la solución de las Reglas de Hamburgo y planteados algunos de los problemas más importantes que suscita la eficacia del convenio arbitral en los conflictos derivados del tráfico marítimo internacional realizaremos un análisis valorativo de la solución incorporada al respecto por el Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, conocido comúnmente como las Reglas de Rotterdam. Con carácter previo, es de señalar que la regulación contenida en el Convenio sigue más una tendencia evolutiva que grandes cambios revolucionarios respecto de las Reglas de Hamburgo, al menos por lo que a las normas relativas al arbitraje se refiere<sup>39</sup>.

### B) Objetivos de las Reglas de Rotterdam.

Las “Reglas de Rotterdam” son el resultado del trabajo conjunto del Comité Marítimo Internacional -CMI- y de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional -UNCITRAL-. El objetivo principal de estas Reglas es establecer una regulación uniforme en materia de transporte marítimo internacional y, de ese modo, poner fin a los problemas que origina la dispersión normativa existente en la actualidad<sup>40</sup>. Conscientes de la caótica situación desde la perspectiva legislativa, el Convenio de Rotterdam nacen con la intención contribuir a alcanzar la unificación progresiva del Derecho marítimo internacional<sup>41</sup>, a su vez, promover la seguridad jurídica en las relaciones comerciales internacionales. Buena prueba de ello la encontramos en su art. 89 donde prevé, como condición *sine qua non* para su ratificación, la obligación de denunciar simultáneamente los Convenios internacionales anteriores en que dicho Estado sea parte. Entre ellos menciona, expresamente, el Convenio de Bruselas de 1924 y los Protocolos posteriores de modificación del mismo, así como el Convenio de Hamburgo de 1978. Las “Reglas de Rotterdam” están abiertas a la firma desde el 23 de septiembre de 2009 y una vez ratificadas y en vigor en un Estado sustituirán a todos aquellos Convenios

39 STURLEY, M. F.: “Jurisdiction and Arbitration”, cit., p. 980.

40 Vid. el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, donde se pone de manifiesto que la finalidad era elaborar un instrumento universal para regular el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo.

41 ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: “Jurisdicción y arbitraje en el nuevo convenio UNCITRAL”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.): *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, 2010, p. 317.

internacionales que en materia marítima haya suscrito y ratificado dicho país con anterioridad.

La necesidad de una normativa uniforme en la materia se hacía patente desde hacía muchos años, de ahí los numerosos intentos de unificación que ha habido que no han hecho sino complicar todavía más el panorama legislativo existente<sup>42</sup>. La dispersión normativa que tradicionalmente ha caracterizado la regulación del transporte marítimo internacional suponía un obstáculo jurídico al comercio internacional.

Junto a este objetivo de unificación normativa, las Reglas de Rotterdam pretenden, asimismo, evitar los abusos que tradicionalmente y de forma habitual cometían los portadores frente a los cargadores, por cuanto que bajo la apariencia de una negociación contractual entre las partes, la realidad es que imponían unilateralmente cláusulas arbitrales en su propio beneficio, como se ha visto, convirtiéndose en auténticos contratos de adhesión.

### C) Carácter dispositivo de las disposiciones en materia arbitral.

Las denominadas Reglas de Rotterdam recogen las disposiciones relativas al arbitraje en los arts. 75 a 78 del Capítulo 15 bajo la rúbrica "Arbitraje". Es de señalar que estas disposiciones presentan muchas similitudes con el Capítulo 14 dedicado a la jurisdicción<sup>43</sup>. De hecho, ya habíamos anunciado que los problemas planteados en uno y otro ámbito son bastante parecidos<sup>44</sup>. Si bien nos vamos a centrar en las normas relativas al arbitraje, puesto que los acuerdos de elección de foro no constituyen el objeto de este trabajo.

Con carácter previo al análisis de las disposiciones relativas a los acuerdos de arbitraje contenida en las Reglas de Rotterdam, resulta necesario señalar que el Capítulo 15, al igual que el Capítulo 14 contiene normas dispositivas para los Estados<sup>45</sup>. Es más, como regla general, el Convenio prevé la no aplicación de estas normas a los países que lo ratifiquen, salvo manifestación en contrario. De este modo, un Estado que se adhiera al Convenio, *a priori*, no se verá vinculado por las normas en materia de arbitraje. Así lo prevé el propio texto en su art. 78 que

42 En primer lugar, la Convención de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque (Reglas de la Haya de 1924), junto a ella, el Protocolo Modificadorio de la Convención de Bruselas (Reglas de la Haya-Visby de 1968) y, finalmente, la Convención de Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías (Reglas de Hamburgo de 1978).

43 En relación a las cláusulas de jurisdicción, vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: "Cuestiones de jurisdicción y ley aplicable al transporte marítimo tras las Reglas de Rotterdam y el Reglamento Roma I", *Dir.mar.* 1/2011, p. 21.

44 ESPINOSA CALABUIG, R.: "Las cláusulas arbitrales marítimas...", cit., p. 3.

45 Así se prevé expresamente en el artículo 78 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte Internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (Reglas de Rotterdam 2008) que se pronuncia en los siguientes términos: "Sólo quedarán obligados por el presente capítulo [15] aquellos Estados Contratantes que declaren, de conformidad con lo previsto en el art. 91, que sus normas serán obligatorias para ellos". El Capítulo 15 precisamente se dedica única y exclusivamente al arbitraje.

establece que las disposiciones sobre arbitraje del capítulo 15 serán vinculantes únicamente en estados que declaren, de conformidad con el art. 91, que sus normas serán obligatorias para ellos. Los Estados que quieran quedar obligados por estas normas tendrán que declararlo expresamente por lo que, en definitiva, el Convenio establece un derecho de *opt-in*<sup>46</sup> para los Estados. Idéntica disposición se establece en el art. 74 en relación con el Capítulo 14 relativo a la jurisdicción. Con carácter general, cualquier manifestación de los Estados en el sentido del art. 74 se realizará en el momento de ratificar el Convenio. Si bien, el Convenio otorga una gran flexibilidad a los Estados en cuanto que cabrá que ejerciten su derecho de *opt-in* en cualquier momento. Es más, incluso tendrán la posibilidad de desistir de la manifestación previamente realizada también cuando lo estimen conveniente *-opt-out*<sup>47</sup>.

El derecho de los Estados a quedar vinculados por las disposiciones en materia de arbitraje o jurisdicción es independiente. En consecuencia, un país puede decidir ejercitar el derecho de *opt-in* respecto de las normas de resolución de conflictos en vía arbitral pero no las relativas a la vía judicial, o viceversa. De igual modo, puede ocurrir que no se les aplique ninguna de ellas<sup>48</sup>, bastando para ello que no se pronuncien.

Esta posibilidad de los Estados de ejercitar el derecho de *opt-in* y así quedar vinculados por las disposiciones del Convenio en materia arbitral o judicial resulta un tanto incoherente con lo dispuesto en el artículo 90 del texto convencional donde bajo la rúbrica "reservas" establece de forma tajante que "no se podrán hacer reservas al presente Convenio". Se trataría, en definitiva, de una especie de reserva encubierta<sup>49</sup>. Sin duda, resulta difícil conjugar el pretendido intento de unificación y armonización de las Reglas de Rotterdam con el derecho de adhesión que asiste a los Estados. Las diferentes alternativas de *opt-in* que se ofrece a los Estados crean todavía más diversidad legislativa y confusión, por cuanto que habrá que averiguar en cada caso concreto si el Estado en cuestión ha realizado alguna manifestación respecto de estas materias a efectos de su aplicación.

Qué duda cabe que, cada disposición opcional de las Reglas de Rotterdam atenta contra la uniformidad en el derecho, generando inseguridad, la cual desestimulará el comercio internacional<sup>50</sup>. En una reclamación particular, incluso si todos los países involucrados han adoptado el Convenio de Rotterdam seguirá sin estar claro cuáles

46 FRESNEO DE AGUIRRE, C.: "Jurisdicción y arbitraje en las Reglas de Rotterdam", *Revista de Transporte y Seguros*, núm. 23, 2010, p. 290.

47 STURLEY, M. F.: "Jurisdiction and Arbitration under the Rotterdam Rules", *Uniform Law Review*, 14, 2009, p. 953.

48 TETLEY, W.: "Uniformity of International", cit., p. 786.

49 ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: "Jurisdicción y arbitraje", cit. p. 327.

50 SÁNCHEZ CALERO, F.: *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, Aranzadi, 2ª ed., 2010, pp. 763 y 764.

serán los foros arbitrales permitidos. Esta circunstancia aumentará las controversias sobre competencia y, a su vez, retrasará la solución del fondo del litigio.

Sin embargo, este carácter dispositivo no es casual, ello se debe a que durante la elaboración del texto se enfrentaron duramente dos posturas antagónicas. Es más, llegó incluso a debatirse acerca de la necesidad y conveniencia de incluir reglas al respecto. Tanto es así que, por un lado, estaban los países y grupos tendentes a favorecer la posición del transportista que eran partidarios de no incluir normas en la materia, tal era el caso de Reino Unido. Frente al otro grupo claramente en favor de proteger los intereses del cargador que, por contra se mostraban favorables a la inclusión de normas en materia de jurisdicción y arbitraje<sup>51</sup>. Los Estados mostraron tanta resistencia en materia de arbitraje y de jurisdicción que la única vía de lograr el consenso para el convenio saliera adelante era permitiendo la denominada posibilidad de *opt-in* u *opt-out*<sup>52</sup>.

De hecho, los capítulos relativos a la jurisdicción y al arbitraje fueron seguramente los dos más controvertidos de todo el Convenio y cada uno de ellos recoge el máximo consenso que se pudo alcanzar en la materia<sup>53</sup>. En esta coyuntura, las Reglas de Rotterdam han tratado de dar una solución salomónica, pues seguramente la posibilidad de dejar fuera estas normas fue la única forma de llegar a un pacto y poder aprobar finalmente el Convenio. Junto a ello, este carácter dispositivo tiene un objetivo clarísimo que es alentar a los Estados a que lo ratifiquen lo antes posible y evitando al tiempo que estos capítulos supusieran un obstáculo en ese proceso de ratificaciones<sup>54</sup>, otra cosa bien distinta es que se consiga. Todavía es pronto para saber si finalmente conseguirán la pretendida armonización teniendo en cuenta el carácter dispositivo de las normas en la materia.

#### D) Los acuerdos de arbitraje.

Una vez determinada la naturaleza y caracteres de las normas arbitrales pasaremos a analizar el contenido del Convenio de Rotterdam. El art. 75 prevé, por un lado, las reglas generales en materia de arbitraje y, por otro, algunas excepciones a esta regla general. Como regla general, y al igual que las Reglas de Hamburgo, las partes podrán someter a arbitraje cualquier controversia que pueda derivarse del transporte de mercancías –art. 75.1-. Ahora bien, esta libertad de que disponen las partes de acudir a arbitraje no es absoluta, sino que está sometida a una serie de límites.

51 FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: "Jurisdicción y arbitraje en las Reglas de Rotterdam", cit., p. 284.

52 FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: "Jurisdicción y arbitraje en las Reglas de Rotterdam", cit., p. 290.

53 AGUIRRE RAMÍREZ, F., FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: *Transporte Marítimo*, cit., pp. 373 y 374.

54 Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor realizada en su 20º periodo de sesiones (Viena, 15 a 25 de octubre de 2007), A/CN.9/642, párr. 203, pp. 50-51.

En concreto, la posibilidad de reclamar por vía arbitral contra el porteador queda condicionada a que dicho procedimiento se desarrolle, a elección del demandante, en alguno de los lugares previstos en la propia norma. Así, la parte que inicie el procedimiento arbitral podrá optar entre interponer la demanda de arbitraje en alguno de los siguientes lugares, a saber, el acordado en la cláusula arbitral, el domicilio del porteador, el lugar de recepción o de entrega de las mercancías, según el contrato de transporte, o bien el puerto de carga o descarga de las mercancías –art. 75.2-. No es necesario que dicho lugar radique en un Estado parte de la Convención, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito judicial<sup>55</sup>. Piénsese que el arbitraje es una forma privada de justicia, de ahí que no depende de ningún Estado.

El objetivo de esta limitación no es otro que lograr que el procedimiento arbitral se desarrolle en un lugar previsible para las partes por estar conectado con la relación jurídica. Y, junto a ello, trata de evitar que la sede arbitral haya sido designada por una de ellas con el objeto de perjudicar a la contraparte<sup>56</sup>. De este modo, la nueva reglamentación descarta la posibilidad de que el porteador imponga unilateralmente a la otra parte un lugar de celebración de arbitraje lejano y totalmente desvinculado del negocio con el objeto de evitar que se formalicen la mayor parte de las reclamaciones en su contra<sup>57</sup>. El lugar de celebración del arbitraje se convierte, de este modo, en el elemento decisivo a la hora de determinar la validez o invalidez de una cláusula de arbitraje<sup>58</sup>.

Sin embargo, esta limitación no existirá en caso de que el acuerdo de arbitraje se pacte una vez surgido el litigio entre las partes -art. 77-. De ahí que en este último supuesto, puedan las partes de mutuo acuerdo elegir cualquier lugar para celebrar el procedimiento arbitral, sin ningún tipo de restricción, puesto que se supone que las partes habrán negociado la cláusula de común acuerdo. El criterio temporal también es importante ya que dependiendo del momento en que se haya pactado el lugar de celebración del arbitraje existirá mayor o menor libertad de elección de la sede del arbitraje, como terminamos de ver.

El hecho de que las reglas de Rotterdam establezcan un régimen muy similar tanto en materia de cláusulas de jurisdicción como de arbitraje no es casual. El objeto de esta similitud de criterios es precisamente evitar que el recurso al mecanismo del arbitraje se convierta en una vía de escape para los cargadores evitando así la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional en la materia<sup>59</sup>.

55 El art. 67. l.b) relativo a los acuerdos de elección de foro exige expresamente que se designe "... con claridad a los tribunales de un Estado contratante, o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante".

56 ADRAGNA, E.: "Arbitraje Marítimo", cit., p. 588.

57 FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: "Jurisdicción y arbitraje en las Reglas de Rotterdam", cit., p. 291.

58 BAATZ, Y.: "Jurisdiction and Arbitration in Multimodal Transport", *Tulane Maritime Law Journal*, 2011-2012, 36, p. 656.

59 STURLEY, M. F.: "Jurisdiction and Arbitration", cit., pp. 972-973.

Las Reglas de Rotterdam tratan de reconocer una cierta autonomía de la voluntad<sup>60</sup> de las partes en aquellos contratos en los que, supuestamente, existe un mayor poder de negociación de las partes a la hora de fijar las condiciones de la cláusula arbitral, como son los contratos de volumen. Es por ello, que establece una distinción entre contratos de volumen y otros contratos, otorgando una especie de trato de favor a los primeros. El problema estriba en que los acuerdos de arbitraje en el transporte en línea regulados por el Convenio constituyen habitualmente contratos de adhesión, de ahí que en realidad no exista poder de negociación en este tipo de contratos<sup>61</sup>.

A continuación, el Convenio –manteniendo la distinción entre unos contratos y otros- declara que la designación del lugar del arbitraje en una cláusula arbitral vinculará a las partes que lo hayan negociado respecto de cualquier conflicto que pueda surgir entre ellas, -deja fuera de este supuesto a los terceros- siempre que se cumplan una serie de condiciones -art. 75.3-. Por un lado, que dicha cláusula esté incluida en un contrato de volumen. Por otro lado, que haya sido individualmente negociada o alternativamente que figure de manera clara y visible en el documento de transporte. Y, finalmente, deberá indicar claramente los nombres y direcciones de las partes.

#### **E) Extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros adquirentes de buena fe.**

Junto a ello, se aborda uno de los problemas que más controvertidos que es el relativo a la situación de los terceros poseedores de buena fe. En este sentido, la solución prevista por las Reglas de Rotterdam ha tratado de conjugar la existencia de unos usos del tráfico marítimo internacional con la necesaria protección del tercero poseedor de buena fe del conocimiento de embarque.

Así, las Reglas de Rotterdam especifican en el art. 75.4 las condiciones y circunstancias bajo las que se hará extensible a terceros la cláusula de arbitraje. A tal efecto, diferencia, asimismo, entre contratos de volumen y otros contratos. Según lo dispuesto en el Convenio, la eficacia de las cláusulas arbitrales frente a terceros ajenos al contrato de volumen se hace depender, asimismo, del cumplimiento de una serie de requisitos.

En primer término, de conformidad con el art. 75.4, se requiere que el lugar designado en la cláusula arbitral coincida con alguno de los previstos en el art. 75.2, y que ha han sido citados, esto es, el lugar acordado en la cláusula arbitral, el del domicilio del porteador, el lugar de recepción o de entrega de las mercancías, según

<sup>60</sup> Vid. más ampliamente, LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en*, cit., pp. 216 y ss.

<sup>61</sup> FRESNEO DE AGUIRRE, C.: "Jurisdicción y arbitraje en las Reglas de Rotterdam", cit., p. 284.

el contrato de transporte, o bien el puerto de carga o descarga de las mercancías. Además, el acuerdo de arbitraje debe figurar en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte. Asimismo, la persona deberá haber sido informada acerca de dicho lugar. Y, finalmente, la ley aplicable debe prever la posibilidad de que quede vinculado por el acuerdo de arbitraje.

En consecuencia, en cuanto a los requisitos formales y sustanciales que debe reunir la cláusula arbitral a efectos de determinar la validez de la cláusula arbitral, no se exige que la cláusula figure en un documento bilateral, negociado, consentido y ni firmado por ambas partes<sup>62</sup>, basta con que la cláusula figure en un documento de transporte o un documento electrónico de transporte. De ahí que está admitiendo la validez de las cláusulas incorporadas por referencia.

El Convenio de Rotterdam utiliza la expresión, “documentos de transporte” y “documentos electrónicos de transporte”, sin mencionar expresamente el conocimiento de embarque *-bill of lading-*. El uso de esta expresión obedece a la intención del legislador de incluir todos los tipos de documentos empleados en el transporte marítimo *-bill of lading, sea waybills, waybills, straigth bills, etc-*<sup>63</sup>.

De todos modos, en la práctica, la determinación de la cuestión relativa a la eficacia de la cláusula arbitral frente a terceros se hace depender de conformidad con el art. 75.4.d) de la ley aplicable al arbitraje. En efecto, tal y como terminamos de ver ley aplicable deberá determinar si el acuerdo de arbitraje es vinculante o no para un tercero. Así, dependiendo de la ley que se aplique la solución será una u otra pudiendo dar lugar a resultados diferentes en los distintos Estados contratantes. Quizá por ello el tercero requerirá asesoramiento preliminar en cuanto a si están vinculados por el acuerdo de arbitraje, lo que dependerá de cuál sea la ley aplicable. Sin duda esta es una de las mayores críticas que se puede realizar a este Convenio. No obstante, nada impide que el tercero poseedor del conocimiento de embarque se informe acerca de todas las condiciones y cláusulas incluidas en los documentos del transporte antes de aceptar las mercancías<sup>64</sup>.

Junto a ello y como forma de reforzar todavía más las condiciones de validez de las cláusulas de arbitraje fijadas en el art. 75, declara que cualquier acuerdo o disposición que no respete o sea conforme a lo dispuesto por el art. 75 será nula.

62 VEGA, A.: “Podrían servir las Reglas de Rotterdam para Argentina y demás países emergentes”, *Seminario sobre transporte multimodal, Cadenas logísticas, competitividad y políticas de transporte. Reglas de Rotterdam*, celebrado en la Universidad de Buenos Aires, Argentina, abril, 2012.

63 SANDOVAL LÓPEZ, R.: “Convenio de las Naciones unidas sobre Transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo”, en [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam\\_rules/Sandoval-analysis.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/Sandoval-analysis.pdf), p. 4.

64 SPARKA, F.: *Jurisdiction and Arbitration*, cit., p. 213.

El régimen especial que prevé el legislador dependiendo de si se trata de contratos de volumen o de otros contratos resulta difícil de justificar. Quizá, las salvaguardas previstas para los contratos de volumen hubiesen sido suficientes para todo tipo de contratos, con independencia de que la cláusula arbitral se opusiera frente a alguna de las partes originarias en el contrato de transporte como si se oponía a terceros<sup>65</sup>. De hecho, partiendo de la definición prevista de contrato de volumen en el propio convenio, esta distinción puede abrir la puerta a posibles abusos<sup>66</sup>. En efecto, de conformidad con el art. 1.2 del Convenio, “se entenderá por contrato de volumen todo contrato de transporte que prevea el transporte de una determinada cantidad de mercancías en sucesivas remesas durante el período en él convenido”.

### F) Acuerdos de arbitraje en el transporte no regular.

Finalmente, el Convenio regula el acuerdo de arbitraje en un supuesto distinto, en particular, refiere al transporte no regular, esto es, aquel transporte que no sea de línea regular –art. 1.4-. En definitiva, engloba todo servicio de transporte mediante buques que no navegan con regularidad entre puertos determinados y conforme a un calendario de fechas a disposición del público –art. 1.3-. De entrada, es de señalar que este tipo de transportes están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de las Reglas de Rotterdam en los arts. 6 y 7, salvo unos supuestos muy concretos allí previstos<sup>67</sup>. De ahí que, en aquellos supuestos excepcionales en que la Convención resulte aplicable, se regirá por las mismas disposiciones que hemos visto para el transporte en línea o regular; esto es, por lo dispuesto en el art. 75, a no ser que concurren dos circunstancias.

La primera, que el acuerdo de arbitraje identifique a las partes en el contrato de fletamento o en el contrato excluido expresamente del ámbito de aplicación del presente Convenio –art. 76.2.a)-. Y, la segunda, que se incorpore por referencia la cláusula arbitral incluida en el contrato de fletamento, ya que éste último es uno de los excluidos de las Reglas de Rotterdam en el art. 6. En realidad, las dos condiciones que terminamos de ver –art. 76.2-, no dejan de ser salvaguardas para proteger a los terceros poseedores de buena fe por el temor de que el acuerdo arbitral pueda quedar fuera de la regulación del Capítulo 15<sup>68</sup>. En definitiva, las normas relativas al arbitraje dejan sin regular la mayor parte del transporte no regular.

## VIII. CONCLUSIONES.

Las Reglas de Rotterdam parece que no dejan indiferente a nadie, de ahí que haya tanto partidarios como detractores a efectos de su ratificación por los Estados. No

65 BAATZ, Y.: “Jurisdiction and Arbitration”, cit., pp. 657 y 658.

66 FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: “Jurisdicción y arbitraje en las Reglas de Rotterdam”, cit., pp. 290-291.

67 Vid. arts. 6 y 7 de las Reglas de Rotterdam.

68 STURLEY, M.F.: “Jurisdiction and Arbitration”, cit. p. 979.

en vano ha costado más de una década llegar a un consenso en aras a la aprobación definitiva para la que ha sido necesaria la realización de algunas concesiones. Una de estas concesiones es, sin duda, la atribución de carácter dispositivo a las normas en materia de arbitraje y de jurisdicción. Sin embargo, el *peaje* que se ha pagado a cambio afecta, inevitablemente, al objetivo fundamental de este Convenio que era la consecución de un régimen uniforme, ello sin mencionar el inconveniente añadido del bajo índice de ratificaciones por los Estados.

Qué duda cabe que, cada disposición facultativa de las Reglas de Rotterdam, atenta contra la uniformidad del Derecho, generando inseguridad jurídica, que desestimulará el comercio internacional. Es por ello, que la pretensión de conseguir un instrumento universal armonizado que regule el contrato de transporte internacional de mercaderías resulta estéril por el carácter dispositivo de las normas en materia de arbitraje. En efecto, la constante lucha entre los países partidarios de defender los intereses de los transportistas frente a los defensores de los cargadores, parece haber truncado el objetivo de armonización. Si bien, la solución *salomónica* incorporada de *opt-in* puede alentar a los Estados a su ratificación, ponderando así, uniformidad y grado de aceptación.

Piénsese, que el número de conflictos que se suscitan en el ámbito del transporte marítimo internacional en relación con la validez de las cláusulas de arbitraje es elevadísimo. Si a ello le unimos que las normas que resuelven estos conflictos van a variar de un país a otro, llegamos a la conclusión de que, dependiendo del lugar donde se cuestione la validez de la cláusula arbitral, las respuestas podrán ser, no sólo diferentes, sino incluso contradictorias.

Precisamente, uno de los problemas más acuciantes en relación con las cláusulas arbitrales del sector marítimo refiere a la extensión de su eficacia frente a terceros adquirentes de buena fe. A tal efecto, las Reglas de Rotterdam han tratado de conjugar la existencia de unos usos del tráfico marítimo internacional con la necesaria protección del tercero poseedor de buena fe del conocimiento de embarque. Protección que se lleva a cabo en el Convenio de Rotterdam ofreciendo al demandante la posibilidad de elegir la sede del arbitraje de entre una lista cerrada de posibilidades. De este modo, se evitará que el porteador elija una sede totalmente desvinculada de la relación jurídica, en su propio beneficio y bajo condiciones abusivas. Tal es así, que el lugar del arbitraje constituye el eje sobre el que gira el sistema Rotterdam, cuyo objetivo último consiste en evitar que el recurso al arbitraje constituya una forma de eludir las normas de competencia judicial internacional atinentes a este sector.

La valoración conjunta de estas circunstancias, esto es, el carácter dispositivo de las normas y la pluralidad y diversidad de soluciones, unida a las especiales y exclusivas características del Derecho marítimo, derivan en la necesidad de interpretar de

forma flexible las cláusulas de arbitraje incorporadas en los contratos de transporte marítimo internacional. En buena lógica, las especificidades que rodean al arbitraje en este sector del comercio requieren para la validez de estas cláusulas cierto grado de flexibilidad formal y sustancial, por cuanto que resulta inviable aplicar las reglas generales del arbitraje para determinar su validez. De suerte que, en caso de regirse por estas reglas generales resultarían nulas, con lo que no habría lugar para el arbitraje comercial internacional en el sector del transporte marítimo en algunos países.

En definitiva y pese a todo, sólo cabe esperar que, al menos, todos los países que ratifiquen el Convenio de Rotterdam ejerciten este derecho de *opt-in*, tanto respecto a las reglas de arbitraje, como de jurisdicción. Sin duda, esta facultad de incorporación presenta claras ventajas, tanto en aras a la consecución de un régimen uniforme, como para la protección del cargador, a pesar del señalado carácter incompleto de las soluciones incorporadas.

En conclusión, parece que la aproximación de las Reglas de Rotterdam a la cuestión arbitral no se configura como una apuesta fuerte hacia una posición arriesgada -que pondría en peligro la aceptación del Texto por los Estados- sino más bien como una solución de compromiso que no pretende resolver la problemática específica suscitada, sino favorecer, en general, el éxito del Convenio.

## BIBLIOGRAFÍA

ADRAGNA, E.: "Arbitraje Marítimo", *Derecho comercial y de las Obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, núm. 241, 2010, pp. 581-591.

AGUIRRE RAMÍREZ, F., FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: *Transporte Marítimo*, Vol. III, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª ed., Uruguay, 2011.

ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: "Jurisdicción y arbitraje en el nuevo convenio UNCITRAL", en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.): *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, 2010, p. 313-335.

BAATZ, Y.: "Jurisdiction and Arbitration in Multimodal Transport", *Tulane Maritime Law Journal*, 36, 2011-2012, pp. 259-284.

CARBONE, S. M.: *Trattato di diritto civile e commerciale: Contrato di trasporto marittimo di cose*, Giuffrè, 2ª ed., Milan, 2010.

ESPINOSA CALABUIG, R.: "Arbitraje marítimo, Lex mercatoria e intereses de terceros", *Anuario Europeo de Derecho del Comercio Internacional*, núm. 1, 2004, pp. 175-187.

ESPINOSA CALABUIG, R.: "Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los 'usos' del tráfico comercial internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13, junio, 2007.

ESPINOSA CALABUIG, R.: "Cuestiones de jurisdicción y ley aplicable al transporte marítimo tras las Reglas de Rotterdam y el Reglamento Roma I", *Dir.mar.* 1/2011, p. 18 y 55.

ESPLUGUES MOTA, C.: "Some current developments in international maritime arbitration", en *Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2007 & 2008*, Volume 16, Springer, 2010; disponible en <http://ssrn.com/abstract=1952777>.

ESPLUGUES MOTA, C.: "Validity and effects of the incorporation by reference of arbitration agreements in international maritime arbitration: current situation and future trends", *Diritto del Commercio Internazionale*, Fasc. 2, 2012.

ESPLUGUES MOTA, C.: *Arbitraje marítimo internacional*, Civitas, Madrid, 2007.

FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: "Jurisdicción y arbitraje en las Reglas de Rotterdam", *Revista de Transporte y Seguros*, núm. 23, 2010, pp. 280-292.

GABALDÓN GARCÍA, J. L.: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, 3ª ed., Madrid, 2006.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LA MATTINA, A.: *L'Arbitrato marittimo e i principi del commercio internazionale*, Giuffrè, Milan, 2012.

MEANA GREEN, F.: "Particularidades que el convenio arbitral presenta en el arbitraje marítimo", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo V, Cuaderno 3, Septiembre 1993 pp. 277-286.

PULIDO BGINES, J. L.: *El concepto de porteador efectivo en el derecho uniforme del transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ GAYÁN, E. M.: "El arbitraje internacional en las pólizas de fletamento y en los conocimientos de embarque", *R.C.E.A.*, 1996.

SPARKA, F.: *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, Heidelberg, London, N.Y., Springer, 2009.

REIG FABADO, I.: *El contrato internacional de ingeniería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

RUBIO ESCOBAR, P.M., RODRÍGUEZ RODERO, P.: "La discutida exigencia del presupuesto de la inequívoca voluntad de sumisión en materia de arbitraje de transportes: posible infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho de acceso a la jurisdicción, de la presunción legal de sumisión a arbitraje de transportes", *Revista del Club Español de Arbitraje*, núm. 6, 2009, pp. 59-84.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, Aranzadi, 2ª ed., 2010.

SANDOVAL LÓPEZ, R.: "Convenio de las Naciones unidas sobre Transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo", en [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam\\_rules/Sandoval-analysis.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/Sandoval-analysis.pdf), p. 4.

STURLEY, M.F.: "Jurisdiction and Arbitration under the Rotterdam Rules", *Uniform Law Review*, 14, 2009

STURLEY, M.F.: "Jurisdiction and Arbitration under the Rotterdam rules", *Rev. Dr. Unif.*, 2009, pp. 945 y ss.

TETLEY, W.: "Uniformity of International Private Maritime Law- The pros, cons and alternatives to international conventions, How to adopt an international Convention, 24 *Tul. Mar. L.J.*, 775 (1999-2000).

VEGA, A.: ¿"Podrían servir las Reglas de Rotterdam para Argentina y demás países emergentes"?, *Seminario sobre transporte multimodal, Cadenas logísticas, competitividad y políticas de transporte. Reglas de Rotterdam*, celebrado en la Universidad de Buenos Aires, Argentina, abril, 2012.



**LAS REGLAS DE ROTTERDAM SOBRE TRANSPORTE  
MARÍTIMO INTERNACIONAL: LA DELIMITACIÓN DEL  
ÁMBITO DE APLICACIÓN**

**ROTTERDAM RULES ON INTERNATIONAL MARITIME  
TRANSPORT: THE DEFINITION OF THE SCOPE**

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 174-207*

\* Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación FONDECYT N° 11130188, del que el autor es Investigador Principal.



Isabel  
REIG  
FABADO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 28 de marzo de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza la propuesta de la UNCITRAL conocida de forma generalizada como las Reglas de Rotterdam a favor de la unificación de la regulación del transporte marítimo internacional. Concretamente, estas Reglas no pueden considerarse en una tradición puramente continuista a sus antecesoras y vigentes Reglas de la Haya y de Hamburgo. Precisamente por la importancia de los cambios que introducen las Reglas de Rotterdam, resultan de especial importancia los criterios de delimitación del ámbito de aplicación tratados en el presente trabajo. La aceptación por parte de los Estados miembro para su futura entrada en vigor, y sobre todo, los cambios materiales relativos la ampliación de la responsabilidad del porteador (junto a la complejidad en la delimitación de su responsabilidad) se erigen como cuestiones clave en el panorama regulador que bajo la perspectiva “puerta a puerta”, trata de contemplar el fenómeno de la contenerización en el transporte internacional.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho internacional privado, Transporte marítimo internacional, ámbito de aplicación, Reglas de Rotterdam, responsabilidad del porteador, contenerización, “puerta a puerta”.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the proposal from the UNCITRAL widely known as the Rotterdam Rules for the unification of regulation of international maritime transport. Specifically, these rules can not be considered a purely continuist tradition to its predecessors and current Hague Rules and Hamburg. Precisely because of the importance of the changes introduced by the Rotterdam Rules, are particularly important criteria delimiting the scope covered by this work. Acceptance by the Member States for their future entry into force, and especially the material changes concerning the extension of the carrier’s liability (next to the complexity of the delimitation of their responsibility) stand as key issues in this context where the perspective “door to door”, is contemplating the phenomenon of containerization in international transport.

**KEY WORDS:** Private international law, International Maritime Transport, scope, Rotterdam Rules, liability of the carrier, containerization, “door to door”.

**SUMARIO.**- I. Introducción.- II. Delimitación del ámbito de aplicación material o *ratione materiae*.- I. Objeto y contenido de las Reglas de Rotterdam y la interpretación uniforme.- 2. Delimitación del contrato internacional de transporte marítimo “puerta a puerta”.- 3. Ampliación de la responsabilidad del porteador.- 4. Nuevas materias incorporadas.- 5. La autonomía de la voluntad contractual: el carácter dispositivo de algunos preceptos en el convenio.- 6. Materias excluidas.- 7. Regímenes especiales: el transporte sobre cubierta.- III. Delimitación del ámbito de aplicación personal o *ratione personae*.- IV. Delimitación del ámbito de aplicación territorial o *ratione loci*.- V. Delimitación del ámbito de aplicación temporal o *ratione temporis*.- VI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN.

Durante el último siglo, el transporte marítimo internacional ha experimentado una evolución que, impulsada por las nuevas tecnologías, parece más bien una revolución. En efecto, el complejo entramado de convenios internacionales existente sobre la materia que se ha desarrollado a lo largo de un extenso período de tiempo y de forma muy amplia<sup>1</sup>, ha devenido, actualmente, en una estructura jurídica básica de tres pilares. Esta base reguladora se concreta en las *Reglas de La Haya*, las *Reglas de Hamburgo* y las *Reglas de Rotterdam*<sup>2</sup>. La complejidad y las dificultades existentes en la regulación relativamente reciente de las operaciones de transporte marítimo son un elemento común en este ámbito. Ello es así, incluso, lejos de un análisis histórico<sup>3</sup> que nos remontaría hasta hace miles de años desde que se tiene constancia de normas reguladoras de esta disciplina.

1 Vid. ALVÁREZ RUBIO, J. J.: “Alcance del Derecho Uniforme”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (dir.): *Derecho del Comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, p. 501 y BONASSIES, P., SCAPEL, Ch.: *Traité de Droit maritime*, LGDJ, Paris, 2010.

2 En este sentido, y pese a la necesaria y quizá excesiva simplificación, además del *Convenio internacional para la unificación de ciertas Reglas en materia de conocimiento*, hecho en Bruselas el 25 de agosto de 1924 (Gaceta, núm. 212, de 31 de julio de 1930), vid. el *Protocolo modificativo del Convenio de Bruselas*, de 23 de febrero de 1968 (*Reglas de Visby*), el *Protocolo modificativo del Convenio de Bruselas*, de 21 de diciembre de 1979 (BOE, de 11 de febrero de 1984), el *Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo internacional*, hecho en Hamburgo el 31 de marzo de 1978 (*Reglas de Hamburgo*) y el *Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo*, firmado en Rotterdam, el 23 de septiembre de 2009 y conocido de forma generalizada como *las Reglas de Rotterdam*.

3 Piénsese, sin ánimo exhaustivo, a modo de ejemplo y desde hace aproximadamente 4000 años, en el *Código de Hammurabi* (1760 a.C. según cronología media), las *Costumbres de Valencia* del año 1250 o el *Libro del Consulado del mar* de finales del siglo XIV.

### • Isabel Reig Fabado

Es profesora contratada doctora de Derecho internacional privado en el Departamento de Derecho internacional “Adolfo Mijaa de la Muela” de la Facultad de Derecho de la Universitat de València. Ha participado en más de 15 proyectos de investigación sobre contratación internacional y otras temáticas transnacionales. Actualmente, es titular de un Módulo Jean Monnet en materia de Ciudadanía Europea y nacionales de terceros Estados. Correo electrónico: isabel.reig@uv.es.

Probablemente, la pluralidad de tratados y su complejidad consecuente derivan del intento de uniformidad a través de convenios internacionales. En este sentido, los Estados participantes y las organizaciones internacionales involucradas, como Naciones Unidas o la Conferencia de La Haya, han realizado un esfuerzo loable en la elaboración de unos instrumentos que pretenden mejorar y unificar la regulación del tráfico marítimo internacional<sup>4</sup>. Sin embargo, el presente trabajo pretende señalar algunos problemas que se derivan de los deferentes criterios delimitadores del ámbito de aplicación y que podrían dificultar el intento de elaborar e implantar un régimen uniforme. Algunos de estos inconvenientes ya se habían señalado en relación con los instrumentos anteriores que, en contra del principio de seguridad jurídica y de previsibilidad de soluciones, ofrecían una pluralidad de instrumentos reguladores que podían favorecer el *forum shopping*<sup>5</sup>. Ello implica que las partes podrían acudir a los tribunales que les determinará, en función de la diversidad de sistemas rectores y en clave de Derecho aplicable, el régimen rector más favorable. Situación que, en consecuencia, produce efectos contrarios –pluralidad de regímenes- a los pretendidos –unificación-. Sin embargo, la proyección hipotética en un futuro de la entrada en vigor de las *Reglas de Rotterdam* parece acentuar más que minimizar el problema, de nuevo, del *forum shopping*, atendiendo a los Estados que lo hayan ratificado y los que no y, por ende, a los intereses que se pretendan proteger. Situación que podría enfrentar en mayor grado las posiciones entre Estados cargadores y porteadores, alcanzando finalmente y con reincidencia una consecuencia que se pretendía evitar.

No obstante, la perspectiva planteada en las *Reglas de Rotterdam* requiere de cierto análisis doble: por un lado, ofrece una nueva visión jurídica, pero de otro lado, añade cierto grado de complejidad por la extensión del Texto y algunas dificultades en orden a su eficacia y carencias relativas, por ejemplo, a lo que podría denominarse como el establecimiento de un *orden sistemático*. En efecto, el Convenio cuenta con 92 artículos repartidos a lo largo de 18 capítulos, lo que supone una extensión considerable. Asimismo, y en determinadas ocasiones, la regulación de algunas materias aparece de modo asistemático. Sin ánimo exhaustivo y a modo de ejemplo, considérese que el ámbito de aplicación material se regula, primero, en los arts. 2 y 5, en relación con los arts. 25 y 26, seguidamente, y 82 y 86, después. Algo similar ocurre con la cuestión relativa a la responsabilidad del porteador que, como

4 En relación con los trabajos preparatorios de la UNCITRAL sobre las *Reglas de Rotterdam*, entre muchos, vid. AA.VV.: *Les Règles de Rotterdam: le droit des transports maritimes au XXI siècle*, Annales Institut Méditerranéen des Transports Maritimes, Marsella, IMTM, 2010, 415 pp.; LÓPEZ SANTANA, N.: "Ámbito de aplicación del Convenio", en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.): *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 20-27.

5 Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable*, Granada, Comares, 1999, p. 26 y ESPINOSA CALABUIG, R. (dir.): *Las Reglas de Rotterdam sobre transporte marítimo. Pros y contras del nuevo Convenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *La eficacia de los acuerdos de arbitraje en el transporte marítimo internacional: la solución en las reglas de Rotterdam*, en ESPINOSA CALABUIG, R. (dir.): *Las Reglas de Rotterdam sobre transporte marítimo. Pros y contras del nuevo Convenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 395-425.

veremos, debe valorarse en función de varios preceptos diseminados a lo largo del Texto del Convenio. Ello con el agravante añadido que, probablemente, estos dos aspectos se presentan como los dos cambios de mayor trascendencia que introduce el Texto en relación con los instrumentos reguladores anteriores del transporte marítimo internacional.

Además, otro de los problemas a considerar es la eficacia operativa de las *Reglas de Rotterdam*. En otras palabras, cuándo podrían entrar en vigor o para qué Estados, en consideración con la vigencia de otros regímenes.

Es precisamente debido a estas circunstancias que el objeto de análisis se concreta en los distintos criterios de delimitación del ámbito de aplicación, en otras situaciones considerada como una cuestión técnica básica o meramente introductoria. Aspecto que se convierte en la clave de la clarificación de la operatividad de la nueva regulación del tráfico jurídico marítimo. En otras palabras, resulta necesario dilucidar qué aportan y cuándo resultarían aplicables las *Reglas de Rotterdam* en relación con otros instrumentos reguladores en vigor. Ello debe contemplarse desde una doble perspectiva, primeramente y con carácter general, en relación con el resto de pilares básicos mencionados (*Reglas de La Haya y Hamburgo*), y, en segundo término, más específicamente en relación con otros instrumentos reguladores en materia de responsabilidad del transportista.

Ello explica que en este análisis se parta, de modo general, de los diferentes criterios delimitadores: material, personal, territorial y temporal para tratar de solucionar algunas de las dificultades mencionadas ante las que se encuentra este sector del transporte internacional. Asimismo, estos indicadores revelan claramente la evolución y las particularidades del transporte marítimo que han llevado a una ponderación de la responsabilidad del porteador. Un cambio de perspectiva crucial en materia de riesgo –y que supone la novedad de mayor trascendencia jurídica que introducen las *Reglas de Rotterdam*- que ha derivado en la regulación global del transporte “door to door” o “puerta a puerta”. Circunstancia que materialmente implica que, si desde un primer momento -*Reglas de La Haya*- se privilegiaba la posición jurídica de los porteadores –restringiendo su responsabilidad estrictamente al tramo marítimo-bajo el principio “take to take” (“de gancho a gancho”), en la actualidad -*Reglas de Rotterdam*- se amplía el período de responsabilidad del porteador durante todo el tiempo de la duración del transporte “door to door” o “puerta a puerta” (sea o no marítimo)<sup>6</sup>.

6 El análisis comparativo entre los diferentes instrumentos reguladores que configuran los tres pilares básicos del Derecho uniforme del transporte marítimo internacional (*Visby, Hamburgo y Rotterdam*) excede del objeto de este análisis si bien se realizan algunas comparaciones que resultan necesarias para entender la nueva configuración que plantean las *Reglas de Rotterdam*. Vid., por todos, BERLINGIERI, F.: “A comparative analysis of The Hague-Visby Rules, The Hamburg Rules and the Rotterdam Rules” en [www.comitemaritime.org/draft/pdf/Comparative\\_analysis.pdf](http://www.comitemaritime.org/draft/pdf/Comparative_analysis.pdf), a 25 de febrero de 2016.

Ello es así porque quizás haya un elemento acontecido en las últimas décadas que no puede ser obviado y que es desarrollo del transporte de mercancías en contenedores –el denominado fenómeno de la “contenedorización”- cuya rapidez y eficacia no conoce precedentes. Atentas a estas demandas, las *Reglas de Rotterdam* no dudan en ofrecer una respuesta integral a este fenómeno considerando el tramo de transporte marítimo como una parte -fundamental, pero parcial al fin y al cabo- del mismo. Por lo que parece que en la nueva configuración lo importante ya no es el barco, como medio de transporte, sino el contenedor (en el sentido del trayecto completo de la mercancía en él contenida)<sup>7</sup>. Estas circunstancias obligan a considerar la posibilidad de integrar el transporte marítimo en el fenómeno global del transporte “puerta a puerta”, desde una perspectiva que trasciende del concepto de *multimodal*.

En definitiva debe considerarse la trascendencia y el impacto jurídico que producen las *Reglas de Rotterdam*, a las que se encuentran vinculados en la actualidad 24 Estados entre los que se encuentran países de tanto peso en el comercio marítimo e internacional como Dinamarca, Noruega, Holanda, Francia, Suiza o Estados Unidos. Ello considerando que este grupo de Estados valorados conjuntamente conforman aproximadamente un 25% del volumen actual del comercio internacional, según cifras de Naciones Unidas<sup>8</sup>.

## II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL O *RATIONE MATERIAE*.

La delimitación del ámbito de aplicación de las *Reglas de Rotterdam* por razón de la materia se presenta como una de los aspectos más interesantes y clave en la comprensión de la trascendencia y el impacto que produce la nueva regulación.

No puede obviarse que los cambios introducidos desde la perspectiva material transfiguran la nueva regulación del tráfico marítimo internacional. No sólo cambia el contrato de transporte sino la responsabilidad del porteador y el tratamiento de algunas cuestiones reguladas con anterioridad. Además, se introducen nuevos aspectos en la regulación material y se le da una importancia notable a la autonomía de la voluntad contractual. Ello supone que los cambios materiales superan el concepto de “ampliación” (tan utilizado, por otro lado) en su sentido cuantitativo y derivan hacia una nueva configuración cualitativa que explica que el tratamiento de este criterio sea el más extenso y esté articulado de manera sistemática.

7 En este sentido, resulta clarificadora la definición de contenedor que introduce el apartado número 26 del artículo 1 de las *Reglas de Rotterdam* que establece que por contenedor se entiende “todo tipo de contenedor, plataforma o tanque portátil y cualquier otra unidad de carga similar utilizada para agrupar mercancías, así como todo equipo auxiliar de dicha unidad de carga”.

8 Vid. [www.uncitral.com](http://www.uncitral.com), a 25 de febrero de 2016.

## I. Objeto y contenido de las Reglas de Rotterdam y la interpretación uniforme.

El punto de partida, como cuestión previa, se sitúa en la delimitación del objeto y fin del Convenio en atención a la *Regla general de interpretación de los Tratados*<sup>9</sup> y del propio Texto<sup>10</sup>, en la línea de las *Reglas de Hamburgo*<sup>11</sup>. En relación con las *Reglas de Rotterdam*, la opción se plasma en una toma de posición inequívoca desde la primera expresión de sus normas. De este modo el *Considerando* único del Preámbulo del Texto resulta revelador en la concreción de su objeto y fin, tal y como se reproduce a continuación:

“(L)a aprobación de un régimen uniforme aplicable al contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, al promover la seguridad jurídica y mejorar la eficiencia del transporte internacional de mercancías y al facilitar nuevas oportunidades de acceso a comerciantes y mercados anteriormente remotos”<sup>12</sup>.

Como puede observarse, la finalidad de las *Reglas de Rotterdam*, se dirige hacia la consecución de un régimen uniforme -en el sentido de un Derecho material común para los Estados parte- en continuidad con los instrumentos anteriores para los contratos de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo. En este sentido, y como se delimita desde su propia rúbrica y objetivo el contrato podrá ser pues total o parcialmente marítimo. Desde esta perspectiva, un contrato de este tipo *parcial* incluirá necesariamente otros tramos que no se realicen por mar y, por ende, se afianza la ampliación del tipo contractual que se venía reconociendo tradicionalmente en los instrumentos anteriores.

Asimismo, la elaboración de este régimen uniforme pretende mejorar la seguridad jurídica y la eficacia en el transporte marítimo, así como abrir potencialmente el mercado. De modo que el Convenio se sitúa de manera inequívoca ante la necesidad de avanzar en la consecución de un Derecho común que resulte satisfactorio a la evolución y a las necesidades actuales del tráfico marítimo internacional.

Sin embargo, la existencia de un régimen uniforme (en el sentido de Derecho material convencional) se presenta en términos abstractos como una técnica normativa perfecta pero con un gran inconveniente, a saber, la práctica imposibilidad

9 Con carácter obligatorio, el *Convenio de Viena, de 23 de abril de 1969, sobre el Derecho de los Tratados* (BOE, de 13 de junio de 1980), establece en su art. 30 la Regla general de interpretación de los Tratados. Esta interpretación debe atender imperativamente y cumulativamente a los siguientes criterios: el finalista -relativo al objeto y fin-, el sentido literal y el relativo al principio de la buena fe. Estos tres criterios deben utilizarse obligatoriamente, simultáneamente y, además, tienen el mismo valor.

10 El art. 2 de las *Reglas de Rotterdam* introduce criterios de interpretación del mismo atendiendo a su carácter internacional, su aplicación uniforme y la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

11 El art. 3 de las *Reglas de Hamburgo* también refiere la internacionalidad del Convenio y la necesidad de promover la uniformidad en la interpretación y aplicación de sus disposiciones.

12 Vid. el *Considerando* único del Preámbulo de las *Reglas de Rotterdam*.

de ofrecer una respuesta integral o total al fenómeno regulado (fundamentalmente por las limitaciones que presenta la delimitación del ámbito de aplicación de los convenios internacionales).

Esta *limitación* enlaza directamente con una cuestión que conviene aclarar de manera introductoria y con carácter previo al tratamiento de los criterios delimitadores del ámbito de aplicación de las *Reglas de Rotterdam*. Debe subrayarse que, por las razones esgrimidas, el Derecho uniforme se articula actualmente y, como se ha mencionado, como una alternativa idónea pero incompleta. Razón por la que opera necesariamente en términos de complementariedad con las normas de Derecho internacional privado<sup>13</sup>. Esta simbiosis –Derecho uniforme/Derecho internacional privado- se proyecta especialmente en el sector del Derecho del transporte marítimo internacional. Precisamente, se han aducido convincentemente argumentos basados en que en este sector la unificación no es completa, ni subjetiva -Estados- ni materialmente -materias-, así como que pueden surgir conflictos entre los Convenios existentes y, además, porque el uso de la cláusula *Paramount* no es universal<sup>14</sup>.

Una relación de complementariedad en la que, no obstante, el Derecho uniforme goza de una aplicabilidad prevalente sobre las normas de Derecho internacional privado<sup>15</sup> y que requiere necesariamente para su completa eficacia una interpretación y aplicación uniformes. En efecto, no puede perderse de vista que de nada sirve una regulación uniforme si no lo es su interpretación por los operadores jurídicos, fundamentalmente, los jueces estatales<sup>16</sup>. Ello en consideración con la incidencia en este entramado de los Derechos estatales llamados a ser aplicados por las normas de conflicto en defecto de regulación uniforme por los Convenios, circunstancia que se ha denominado como “cuarto régimen”<sup>17</sup>.

En este sentido, el transporte marítimo internacional constituye, precisamente, un sector especialmente vulnerable en términos interpretativos debido al conflicto de intereses subyacente entre las partes involucradas en la propia relación jurídica. Es en este ámbito donde se han detectado enormes divergencias en materia de interpretación de estos instrumentos. De modo que las distintas jurisdicciones estatales acogen diferentes perspectivas en la interpretación de estos Convenios, atendiendo fundamentalmente a su condición de Estados “cargadores” o

13 Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho internacional privado*, Cívitas, 8ª ed., Madrid, 2015, p. 154.

14 Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *El contrato internacional*, cit., p. 8.

15 Vid. CARBONE, S. M.: *Le Regole di Responsabilità del Vettore Marittimo di Cose*, Giuffrè, Milán, 1988, p. 5.

16 Ello sin tener en cuenta los problemas que podía causar en la práctica la posibilidad de incorporar los Tratados, como en *Visby*, a través de una Ley interna de adaptación.

17 Vid. VALVERDE FARFÁN, I. J.: “El transporte marítimo de mercancías por mar, bajo el régimen de conocimiento de embarque y la conveniencia de la aprobación de las nuevas Reglas de Rotterdam”, en *Revista de Derecho Económico*, 2011, Ecuador, tomo 3, pp. 177 a 258.

“porteadores”, bajo la defensa de sus propios intereses estatales y, asimismo, con la tendencia a una interpretación *legeforista*, basada en los principios reguladores de los distintos Derechos estatales<sup>18</sup>.

Por ello, ante la ausencia de un órgano supraestatal que podría garantizar la interpretación, y por ende, la aplicación, uniformes del Derecho marítimo internacional, conviene reconocer las dificultades existentes en la práctica incluso después de la consecución de un régimen unificado.

En relación con estos aspectos, debe señalarse la labor de la UNCITRAL en su intento de solventar este problema a través de la incorporación progresiva de cada vez mayor número de conceptos autónomos –como ocurre en la enumeración de definiciones en el art. I de las *Reglas de Hamburgo*- que supone la inclusión de aproximaciones conceptuales de diferentes términos que evitan interpretaciones posteriores divergentes<sup>19</sup> y que, sin duda, podrían ampliarse hacia la inclusión de términos cuya interpretación resulta más conflictiva. Precisamente, resultaría más que interesante la recopilación, asimismo, de jurisprudencia de los tribunales estatales en la aplicación de los mismos y otros materiales de valor práctico, tal y como se está realizando en otros sectores<sup>20</sup>.

Sin embargo la viabilidad de los objetivos definidos en el propio Convenio encuentra obstáculos, no solo en la interpretación, sino asimismo en la propia operatividad del sistema. Esto es, en la continuidad con los instrumentos anteriores y en las dificultades que pueda encontrar, por diversas razones que se expondrán, la implantación del nuevo sistema. Así pues, se pretende iniciar este análisis bajo la consideración relativa al nuevo y ampliado concepto de contrato de transporte marítimo internacional.

## 2. Delimitación del contrato internacional de transporte marítimo “puerta a puerta”.

Uno de los mayores cambios introducidos por las *Reglas de Rotterdam*, como se ha adelantado, es la ampliación de materias tratadas en el Convenio. Esta ampliación material se manifiesta en diferentes aspectos, a saber, la ampliación de las materias reguladas en el Convenio, de la responsabilidad del porteador, y asimismo y en consecuencia, del propio concepto de *contrato de transporte internacional de*

---

18 Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *El contrato internacional*, cit., pp. 94-99.

19 En efecto, el art. I de las *Reglas de Rotterdam* incorpora, bajo la Rúbrica “Definiciones”, treinta apartados que concretan los significados de términos como el contrato de transporte, el contrato de volumen, el transporte de línea regular y no regular, el porteador, la parte ejecutante, el cargador, el tenedor, el destinatario, el documento de transporte negociable o no y también electrónico, las mercancías, el buque, el contenedor, el flete, el domicilio y el tribunal competente, entre otros.

20 En este sentido, el Grupo V de trabajo de la UNCITRAL ha realizado una encomiable labor en sus Guías Prácticas de recopilación de jurisprudencia y materiales prácticos en materia de Insolvencia transfronteriza.

*mercancías total o parcialmente marítimo*<sup>21</sup>. Es por ello que el análisis de la proyección de su ámbito material empieza por delimitar una aproximación conceptual al nuevo tipo<sup>22</sup>.

El propio Convenio perfila el nuevo ámbito de aplicación material de forma combinada en lo establecido en los arts. 1.1 y 5 del mismo, esto es, combinando lo establecido para la definición del contrato de transporte en el primero<sup>23</sup> con el ámbito de aplicación general para el segundo<sup>24</sup>. Así, el art. 1.1 determina que será de aplicación a los contratos internacionales de transporte de mercancías en los que, concurriendo alguno de los puntos de conexión indicados al efecto, al menos un tramo deba efectuarse por mar:

Si bien el Convenio parte en su artículo primero de una concepción contractual del contrato de transporte, digamos, clásica basada en las obligaciones entre dos partes en el contrato: porteador y cargador, lo cierto es que introduce algunos aspectos diferenciadores. En este sentido, una de las primeras diferencias *material-conceptual* entre *Hamburgo* y *Rotterdam* es, precisamente, el cambio terminológico en la definición del contrato de transporte<sup>25</sup>.

De modo que cuando el art. 1.1 refiere la aproximación conceptual a este contrato que concreta la contraprestación “a cambio del pago de un flete”<sup>26</sup> estableciendo, por ende, una primera diferenciación. Ello es así porque la importancia en la configuración del contrato es su carácter oneroso y no la emisión de un determinado documento de transporte, habitualmente, el conocimiento de embarque. Circunstancias que, en otras palabras, implican la introducción de cierto grado de flexibilidad formal en tanto en cuanto y a diferencia de lo que ocurre en las *Reglas de Hamburgo*, no se requerirá la emisión del conocimiento de embarque para reconocer la existencia del contrato de transporte.

21 Denominación oficial de la rúbrica del propio Convenio: “Convenio de las Naciones Unidas sobre el *contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo*” (la cursiva es nuestra).

22 En relación con la aproximación conceptual a l contrato *vid.*, entre muchos y por todos, CARBONE, S. M.: *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Giuffrè, Milán, 2010, pp. 96- 126.

23 El art. 1 define el contrato de transporte como “todo contrato en virtud del cual un porteador se comprometa, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro. Dicho contrato deberá prever el transporte marítimo de las mercancías y podrá prever, además, su transporte por otros modos”.

24 El art. 5 establece que “será aplicable a todo contrato de transporte en el que el lugar de la recepción y el lugar de la entrega estén situados en Estados diferentes, y en el que el puerto de carga de un transporte marítimo y el puerto de descarga de ese mismo transporte estén situados en Estados diferentes, siempre y cuando, de acuerdo con el contrato de transporte, alguno de los siguientes lugares esté situado en un Estado Contratante: a) El lugar de la recepción; b) El puerto de carga; c) El lugar de la entrega; o d) El puerto de descarga. 2. El presente Convenio será aplicable sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del destinatario o de cualquier otra parte interesada”.

25 *Vid.* CARBONE, S. M.: *Contratto di trasporto* cit., pp. 153 y ss.

26 Simultáneamente, téngase en cuenta la definición de flete del art. 1.2.8 de las *Reglas de Rotterdam* que refieren “la remuneración que ha pagarse al porteador por el transporte de las mercancías con arreglo a un contrato de transporte”.

En segundo lugar, la aproximación que se precisa “de puerto a puerto” (en el artículo primero de las *Reglas de Hamburgo*) cambia frente al nuevo “de un lugar a otro” (en el art. I de las *Reglas de Rotterdam*). Dicho cambio puede incluir pues, además del transporte marítimo, el realizado a través de otros modos (que quedaban excluidos en *Hamburgo*). De modo que el nuevo concepto de contrato queda doblemente ampliado, por la posible inclusión *material* de otros modos de transporte no marítimos y, asimismo, por la ampliación *espacial* o *física* que supone la expresión de *un lugar a otro*.

A continuación, se añade otro requisito relativo a la presencia del elemento de extranjería que es el que califica al contrato como internacional, en otras palabras, el elemento que dota de internacionalidad al contrato. De este modo, el art. 5 añade que este tramo marítimo deberá ser preceptivamente *transfronterizo*. Esta matización ha llevado a designar el requisito de la “doble internacionalidad”<sup>27</sup> de los contratos internacionales de transporte marítimo como condición de aplicabilidad de las *Reglas de Rotterdam*. Bajo esta perspectiva, el contrato de transporte debe ser internacional y, además y cumulativamente, el tramo marítimo, *transfronterizo*<sup>28</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el mero hecho de considerar el carácter *transfronterizo* del tramo marítimo convierte el contrato en internacional y que la naturaleza propia de estas operaciones llevará, en la mayor parte de las operaciones, de *soit* al cumplimiento cumulativo de las condiciones establecidas. Circunstancia que más bien parece establecer una descripción de estos contratos que unas condiciones para su aplicabilidad. Este doble requisito no se ha librado de críticas, al no garantizar la primacía del tramo marítimo como prestación principal. En este sentido, no han faltado propuestas basadas en otros criterios como, por ejemplo, la intencionalidad de las partes en el contrato o el carácter *transfronterizo* del tramo por mar junto al hecho de que el trayecto marítimo sea el de mayor recorrido, que sí lo habrían podido concretar de manera inequívoca<sup>29</sup>.

En cualquier caso, el art. 5 del Convenio añade requisitos de aplicabilidad de carácter territorial que no se consideran objeto de la delimitación del ámbito de aplicación territorial sino condiciones *sine qua non* de aplicabilidad del Convenio. Estos requisitos exigen que debe situarse en algún Estado parte: el lugar de recepción, el puerto de carga, el lugar de la entrega o el puerto de descarga. Sin embargo, superados estos requisitos de aplicabilidad, el planteamiento que específicamente realizan de manera combinada los arts. I.1 y 5 del Convenio más bien parecen abocar hacia una eficacia *erga omnes* de las *Reglas de Rotterdam*. Ello se debe a

27 Vid. LÓPEZ SANTANA, N.: “Ámbito de aplicación”, cit., p. 28.

28 Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUITARTE, F.: *El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 610 y ss.

29 Vid. LÓPEZ SANTANA, N.: “Ámbito de aplicación”, cit., pp. 38 y 39.

que el mismo art. 5<sup>30</sup> establece que será de aplicación con independencia de la nacionalidad del buque, porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del destinatario o de otra parte interesada<sup>31</sup>. De modo que, de ser aplicable el Convenio, esto es, cumplidos los requisitos mencionados para su aplicabilidad, el Estado parte que lo esté aplicando lo hará siempre y en todo caso, esto es, sin consideración del domicilio, ni de la nacionalidad de las partes implicadas y sustituyendo a la normativa interna sobre la materia. Probablemente, esta interpretación podría avalarse en que esta operatividad o circunstancia dota de un alcance extraordinario al contenido del Convenio, y ello en aras a la consecución de un régimen uniforme, que es, como se ha visto, el objeto y fin del propio Convenio. Sin embargo, tampoco puede obviarse que el Convenio tampoco lo afirma explícitamente a lo largo de su articulado, como suele ser habitual en los Convenios de Naciones Unidas que gozan de tal naturaleza<sup>32</sup>. Probablemente, y considerando los problemas de la implantación de una normativa uniforme en el seno del Derecho marítimo internacional, la afirmación taxativa de su eficacia *erga omnes* podría aumentar las reticencias de los Estados de cara a su ratificación, si bien de los rasgos descritos podría deducirse esta característica, en línea de continuación con lo establecido en las *Reglas de Hamburgo*.

Este cambio cualitativo supone integrar el transporte marítimo en el transporte global "puerta a puerta", ofreciendo una perspectiva *neo-multimodal, meta-multimodal* o, como se ha dado en denominar, "unimodal extendido"<sup>33</sup> o, desde una visión más práctica, "maritime plus" o "wet multimodal"<sup>34</sup>. Probablemente, teniendo en cuenta que quizá el tramo de transporte marítimo sea el modo más importante pero desde luego no el único puesto que la clave ya no gravita alrededor del barco sino en torno al trayecto completo de la mercancía en los contenedores (que de seguro realiza su tramo transfronterizo más significativo en barco). Está claro que el transporte marítimo no es multimodal y que seguramente el transporte marítimo "puerta a puerta" tampoco es estrictamente unimodal. Del mismo modo que, en ejemplos paralelos de otros sectores, el contrato de construcción "llave en mano" no es estrictamente un contrato de construcción pero en el que esta última sí es la prestación principal<sup>35</sup>. En cualquier caso, las *Reglas de Rotterdam* innovan rompiendo los lindes de estas definiciones y proponiendo probablemente un

30 Vid. art. 5, párrafo 2, de las *Reglas de Rotterdam*.

31 Vid. CARBONE, S. M.: *Contratto di trasporto*, cit., p. 72.

32 A modo de ejemplo, un Texto elaborado al amparo de Naciones Unidas como es el *Convenio de Nueva York de 27 de septiembre de 1958*, establece expresamente en su art. 2 la eficacia universal del mismo.

33 En este sentido, resultan reveladores los trabajos de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI según el acrónimo de sus siglas en español o UNCITRAL en inglés y como es conocida de manera generalizada), esp. vid. el Informe del Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL sobre el 11º Período de sesiones (DOC. A/CN.9/596, p. 12).

34 Vid. ILLESCAS ORTIZ, R.: "El Proyecto de Instrumento de CNUDMI/UNCITRAL sobre transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: una visión provisional de conjunto" en *Dir. Mar.*, 2004, pp. 897 y ss.

35 Vid. REIG FABADO, I.: *El contrato internacional de ingeniería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 113 y ss.

subtipo de transporte marítimo de trayecto completo y de perfil multimodal con tramo marítimo predominante.

Probablemente, el precedente de modo combinatorio en el ámbito de transporte lo configuran las *Reglas Uniformes relativas al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Ferrocarril (CIM)*, anexas al *Convenio sobre Transporte Internacional por ferrocarril (COTIF)*, adoptado en Berna, el 9 de mayo de 1980. En un marco semejante, estas Reglas incluyen en estos contratos otros trayectos -terrestres y marítimos- diferentes a los efectuados por ferrocarril, siempre que el tramo ferroviario sea de carácter transfronterizo (y sin necesidad de que estos tramos se desarrollen en recintos ferroviarios, como ocurre en otras normas y en otros sectores). Precisamente, de modo semejante que en las *Reglas de Rotterdam*, en las que se pueden contemplar, del mismo modo y como se ha explicado, otros modos de transporte diferentes al marítimo, aun no desarrollándose en *recintos marítimos* (lo que se denomina entre "ganchos" o de "gancho a gancho"), así como exigiendo el carácter transfronterizo del tramo marítimo.

Conviene subrayar la ampliación del ámbito de delimitación material en la comparativa con los instrumentos reguladores anteriores, en concreto, *las Reglas de La Haya* y *las Reglas de Hamburgo*. Instrumentos que, a su vez, marcan una tendencia progresiva en la extensión de la consideración de las prestaciones incluidas en el contrato de transporte marítimo. Asimismo, cabe adelantar en este punto las consecuencias que se derivan de esta ampliación en materia de responsabilidad del porteador y a la que se hará referencia a continuación. De este modo y por lo que se refiere a esta cuestión, en las *Reglas de La Haya* el contrato de transporte marítimo impone imperativamente una responsabilidad con respecto al trayecto estrictamente marítimo. Con respecto al resto de operaciones accesorias, la admisión de la responsabilidad parece plantearse de forma facultativa o dispositiva<sup>36</sup>, bajo la denominada *tesis de la eficacia dual del Convenio de Bruselas*<sup>37</sup>, si bien tampoco aceptada de forma unánime por la doctrina<sup>38</sup>. Este cierto margen de ambigüedad queda zanjado en relación con las *Reglas de Hamburgo* en las que, de manera más amplia, se dispone expresamente que las operaciones accesorias al trayecto marítimo, aunque sean de carácter *terrestre* y siempre que tengan lugar en zona portuaria, quedan incluidas en el contrato de transporte marítimo y, por ende, bajo la responsabilidad del porteador<sup>39</sup>. Piénsese, en esta comparación, que, finalmente, en las *Reglas de Rotterdam*, y siempre que se cumplan los requisitos exigidos y a los que se ha hecho referencia, no sólo es que incluye las actividades accesorias

36 Vid. arts. 2 y 3.2 de las Reglas de La Haya.

37 Vid. ARROYO MARTÍNEZ, I.: "La distribución del riesgo en el derecho marítimo", *RDM*, n. 143-144, 1977, p. 38.

38 Vid. LÓPEZ SANTANA, N.: "Ámbito de aplicación", cit., p. 30.

39 Vid. arts. 1.6 y 2 de las Reglas de Hamburgo.

no marítimas realizadas en zona portuaria, sino, como se ha visto, otros modos de transporte en otros lugares distintos.

En definitiva, la magnitud de los cambios introducidos es notoria y suponen una ampliación material de, al menos, doble alcance, desde una perspectiva cualitativa y cuantitativa. En primer lugar y cualitativamente, pueden señalarse dos cambios fundamentales. Uno relativo al cambio de tendencia en el tratamiento de la responsabilidad del porteador. Y otro en relación con el novedoso perfil multimodal (*extendido, plus, wet, etc.*) que adquiere el transporte marítimo en el ámbito del transporte de mercancías en contenedores, con las correspondientes consecuencias en materia de responsabilidad del porteador, como se verá a continuación. En segundo lugar, y desde una perspectiva cuantitativa, se amplían los modos de transporte incluidos en el nuevo tipo, así como que se tratan nuevas materias que no estaban reguladas en los instrumentos anteriores, como se verá en un momento posterior.

### 3. Ampliación de la responsabilidad del porteador.

Por lo que se refiere a la cuestión ya clásica de la responsabilidad del porteador, se trata de otro gran cambio cualitativo por cuanto que las *Reglas de Rotterdam* quiebran la tendencia existente e introducen un marco renovador<sup>40</sup>.

Básicamente, la innovación de las *Reglas de Rotterdam* consiste en la ampliación de la responsabilidad del porteador, tanto cualitativamente (extensiva a otros tramos no marítimos), como cuantitativamente (en el cálculo del importe, tanto por kilo, como por unidad)<sup>41</sup>. Asimismo, incluye la responsabilidad del porteador por demora y la relación, en términos de responsabilidad, con la parte ejecutante marítima asumiendo y compartiéndola -solidariamente-. Finalmente, la ampliación también alcanza a la extensión de los plazos para ejercer las acciones contra el porteador que se duplican, aumentando de uno a dos años.

En términos comparativos, esta pretensión de ampliar la responsabilidad del porteador en *Rotterdam* se separa de las posiciones primigenias -*La Haya*- donde se privilegiaba su situación y de las intermedias -*Hamburgo*- en la que se trataba de forma más equilibrada. La diferencia en el tratamiento de esta cuestión ya era relevante entre estos dos instrumentos previos. En efecto, tanto la exoneración de la responsabilidad, como los sistemas de responsabilidad se establecen con mayor rigidez en las *Reglas de Hamburgo* a través de la incorporación de la presunción de culpabilidad del porteador y la inversión de la carga de la prueba de la misma, así como añadiendo más causas de responsabilidad del porteador (*ad ex. la demora*).

40 En este sentido, se aboga más bien por una *evolución* que por una *revolución*. Vid. CARBONE, S. M.: *Contratto di trasporto*, cit., p. 288.

41 Vid. CARBONE, S. M.: *Contratto di trasporto* cit., pp. 394 y ss.

La ampliación de la responsabilidad del porteador en las *Reglas de Rotterdam* parte del establecimiento de un concepto amplio de porteador. Si acudimos al apartado primero del art. I de las definiciones relativo a la figura del porteador refiere genéricamente a “la persona que celebra un contrato de transporte con un cargador”. Esta configuración genérica deriva hacia una figura general que se obliga al cumplimiento del contrato, sin necesidad de que sea éste el que ejecute efectivamente el contrato (de ahí la figura de la *parte ejecutante marítima*<sup>42</sup> del Convenio).

En esta línea, la nueva configuración ampliada de la responsabilidad del porteador consiste en prolongarla durante todo el período del transporte “puerta a puerta”<sup>43</sup> y, además, de manera reforzada y proyectada hacia su personal laboral, sus agentes y los subcontratos<sup>44</sup>. Ello ha implicado la incorporación de un sistema de responsabilidad en red o “interconectado” o de “interconexión limitada”<sup>45</sup>, sistema que permite la aplicación de diferentes regímenes imperativos de responsabilidad<sup>46</sup>. De modo que si los daños, pérdida o demoras de las mercancías se han producido durante los trayectos terrestres, aéreos, ferroviarios o de navegación interior, serán de aplicación los respectivos regímenes internacionales. No obstante, el sistema, que se denomina *limitado*, permite la aplicabilidad de otros sistemas de responsabilidad en cuanto a la parte imperativa de su contenido, esto es, la misma responsabilidad del porteador y los plazos y limitaciones para el ejercicio de estas acciones<sup>47</sup>. *Sensu contrario*, puede deducirse que todo el contenido de estos instrumentos que pueda calificarse de “dispositivo” cede en favor de la aplicación de las *Reglas de Rotterdam*<sup>48</sup>.

Sin embargo, la fuerza obligatoria de las normas imperativas tampoco puede ceder en orden a reglas de aplicabilidad entre diferentes instrumentos reguladores. Ello responde a que, sobre todo en relación con las normas imperativas que pertenecen al orden público internacional -cualquiera que sea su ubicación-, se aplicarán necesariamente y con independencia de lo establecido en reglas de aplicabilidad de los regímenes combinados de responsabilidad o en las normas de compatibilidad entre distintos instrumentos de regulación (normalmente, convenios internacionales). Una cuestión diferente plantean las normas imperativas de orden público interno que, caso de resultar aplicable una Ley distinta a la de ese ordenamiento -ahora sí, bajo el método conflictual- podrían dejar de aplicarse.

42 Vid. el art. I en los párrafos 6 y 7 de las *Reglas de Rotterdam*.

43 Vid. el art. 12 de las *Reglas de Rotterdam*.

44 Vid. el art. 19 de las *Reglas de Rotterdam*.

45 Vid. DÍAZ MORENO, A., LÓPEZ SANTANA, N.: “El tratamiento de la multimodalidad en las *Reglas de Rotterdam*”, en EMPARANZA SOBEJANO, A., (dir.): *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 221.

46 Vid. los arts. 26 y 82 de las *Reglas de Rotterdam*.

47 Según la letra b) del art. 26 de las *Reglas de Rotterdam*.

48 Vid. CARBONE, S. M.: *Contratto di trasporto*, cit., p. 96.

Luego la clave de la aplicabilidad de estas normas reside en la eficacia territorial o extraterritorial de las mismas, esto es, si pertenecen al orden público interno -eficacia territorial- o al orden público internacional -eficacia extraterritorial- con las consecuencias que ello implica y sin necesidad de modular esta operatividad en determinados preceptos.

Este sistema supone reconocer el carácter principal o general del modelo de responsabilidad del Convenio frente a la aplicabilidad específica de los distintos regímenes unimodales. Cada tramo se rige, pues, por su regulación específica – cuando no quede afectado el tramo marítimo- por lo que respecta a las cuestiones de carácter imperativo. El régimen general queda, pues, operativo, para todo lo dispositivo (cualquiera que sea el tramo o tramos afectados), para la afección de tramos marítimos o para supuestos más complejos como la afección de una pluralidad de tramos. Teniendo en cuenta que el sistema es más complejo puesto que a la localización del daño o la causa en un tramo no marítimo, se añade la exigencia de la *fase de internacionalidad*<sup>49</sup>. Circunstancia que implica dejar en manos de los Derechos nacionales los daños ocurridos en tramos no marítimos de *fase nacional*, con las derivadas consecuencias en perjuicio, de nuevo, de la uniformidad del sistema de regulación.

Precisamente de estas premisas pueden derivarse una serie de supuestos en los que la responsabilidad del porteador se regirá exclusivamente por las reglas del Convenio. Esto es, cuando los daños o la demora se localicen en varias fases de los transportes, cuando no puedan localizarse el tramo o los tramos en que han tenido lugar los daños o la demora, cuando éstos puedan localizarse exclusivamente en la etapa marítima, o cuando pueda hacerse en las denominadas “etapas intermedias”<sup>50</sup>. Por estas razones, la complejidad de este modelo de responsabilidad radica en la dificultad de manejar diferentes sistemas de responsabilidad (según la modalidad de transporte) que gravitan en torno al modelo principal de las *Reglas de Rotterdam* con respecto al tramo marítimo que, a su vez, opera de forma subsidiaria como se acaba de exponer. Es por ello que la doctrina no ha dudado en calificar este sistema como “modified network liability system”<sup>51</sup>, sistema de red de responsabilidad con correctivo en el que una de las mayores dificultades consistirá en determinar el régimen de responsabilidad aplicable a cada supuesto<sup>52</sup> en atención a las premisas citadas y con una diferenciación clave entre los aspectos *dispositivos* –regidos por el

49 Vid. DÍAZ MORENO, A., LÓPEZ SANTANA, N.: “El tratamiento de la”, cit., pp. 225 y 226.

50 Vid. DÍAZ MORENO, A., LÓPEZ SANTANA, N.: “El tratamiento de la”, cit., p. 222.

51 Vid. NIKAKI, T.: “Conflicting laws in ‘Wet’ Multimodal Carriage of Goods: The UNCITRAL Draft Convention on the Carriage of Goods [Wholly of Partly] [by Sea]” en *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 37, n° 4, 2006, p. 528.

52 No se configura como una cuestión pacífica en la doctrina, *vid. ad ex.*, las diferencias que separan las tesis de NIKAKI, T.: “Conflicting laws in”, cit., pp. 531 y ss.; BERLIGIERI, F.: “A new Convention on the Carriage of Goods by Sea: Port to Port or Door to Door” en *Uniform Law review*, 2003, pp. 269 y ss.; y SÁNCHEZ-CALERO GUITARTE, F.: *El contrato de*, cit., pp. 740 y ss.

sistema general de *Rotterdam- e imperativos* –regulados por los diferentes regímenes especiales afectados- de la responsabilidad. Esta circunstancia se ha plasmado en la incorporación de un precepto –el art. 82 del Convenio<sup>53</sup>- que establece las reglas de aplicabilidad o compatibilidad entre los diferentes regímenes de responsabilidades, esto es, el general de *Rotterdam* y los especiales o unimodales en atención a los criterios descritos. Disposiciones que, de modo diferente a la técnica utilizada por la norma de conflicto, suelen aparecer frecuentemente en Convenios internacionales y Reglamentos de la Unión Europea cuando se produce una concurrencia de instrumentos de regulación, como es el caso.

Probablemente, una vez señaladas las dificultades de la identificación del régimen de responsabilidad aplicable, cabría preguntarse la idoneidad, si no la proporcionalidad, de establecer la responsabilidad del porteador marítimo sobre la mercancía en relación con tramos del transporte “internos”, esto es, no realizados por vía marítima. Es de suponer, como en otras figuras jurídicas atípicas, que el transporte marítimo en esta modalidad se presentaría como una operación principal y el resto podrían ser accesorias. Exonerar al resto de operadores supone atribuir al transporte marítimo y, por ende, al porteador, de una trascendencia en la estructura contractual que lo aleja, por otra parte del transporte multimodal. De suerte que la modalidad de transporte “puerta a puerta” presentaría, una vez más y como ya se ha señalado, más semejanzas con otras figuras jurídicas complejas como el contrato de construcción “llave en mano”.

En este sentido, las posibles reticencias de los Estados *porteadores* tampoco debieran percibirse como un atentado a la posición jurídica de esta parte contractual, sino como un reforzamiento de la misma. Desde luego, el porteador, al igual que el constructor del contrato “llave en mano” es el operador principal y más importante que, lógica y consecuentemente, es el que ostenta mayor responsabilidad, así como, por ende, mayor riesgo, pero también mejor beneficio. Del mismo modo en el

53 El art. 82 de las *Reglas de Rotterdam*, bajo la rúbrica *Convenios internacionales aplicables al transporte de mercancías por otros modos de transporte* establece: “Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la aplicación de cualquiera de los siguientes convenios internacionales, incluidas sus enmiendas futuras, que regulen la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías y que se hallen en vigor en el momento en que el presente Convenio entre en vigor: a) Cualquier convenio aplicable al transporte aéreo de mercancías en la medida en que dicho convenio, de acuerdo con sus normas, sea aplicable a algún tramo del contrato de transporte; B) Cualquier convenio aplicable al transporte de mercancías por carretera en la medida en que dicho convenio, de acuerdo con sus normas, sea aplicable al transporte de mercancías cargadas en un vehículo de transporte por carretera que sea transportado a bordo de un buque; c) Cualquier convenio aplicable al transporte de mercancías por ferrocarril en la medida en que dicho convenio, de acuerdo con sus normas, sea aplicable al transporte marítimo de mercancías complementario del transporte por ferrocarril; o d) Cualquier convenio aplicable al transporte de mercancías por vías navegables interiores en la medida en que dicho convenio, de acuerdo con sus normas, sea aplicable al transporte de mercancías sin trasbordo por vías navegables interiores y por mar”. Sin embargo, el art. 83, bajo la rúbrica *Limitación global de la responsabilidad*, sí hace referencia a la posibilidad de aplicación de los Derechos internos de los Estados por lo que se refiere a la cuestión de la limitación global de la responsabilidad de los propietarios de los buques, lo mismo que el artículo 84 en relación con otra materia no regulada por el Convenio como es la relativa a avería gruesa. Dicho art. 83 precisa: “Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la aplicación de cualquier convenio internacional o de las normas del derecho interno que regulen la limitación global de la responsabilidad de los propietarios de los buques”.

que el carácter principal de la figura jurídica del contratista y su responsabilidad se plantean y son contemplados como una ventaja para la obtención de una mayor eficacia y una mejor ejecución del proyecto<sup>54</sup>. Con una diferencia esencial, así como en la construcción ha sido la práctica la que ha impuesto la figura jurídica atípica, en el transporte marítimo, se ha antepuesto la regulación a través del Convenio internacional que tendrá que ser aceptado en la práctica por los Estados.

En definitiva, esta responsabilidad *ampliada* del porteador en las *Reglas de Rotterdam* abarca, pues, todo el recorrido del transporte en su conjunto, esto es, no sólo el tramo marítimo *internacional*, sino también los tramos terrestres, aéreos o por aguas interiores<sup>55</sup>. Lo que significa que el porteador es el responsable *principal* en este tipo de contratos en los que se traslada la mercancía en la mayor parte de los casos en contenedores de un lugar a otro o “de puerta a puerta” y donde el tramo más importante –que no el único- es el marítimo que será, además, transfronterizo. La valoración de estas circunstancias nos lleva a considerar que el tratamiento del transporte marítimo ha experimentado una evolución que responde a la generalización del transporte mediante contenedores o el mencionado fenómeno de la “contenedorización” del transporte, en general, y del marítimo, en especial.

#### 4. Nuevas materias incorporadas.

Asimismo, se produce un cambio cuantitativo que se plasma en la introducción de materias que no habían sido tratadas con anterioridad, ni en las *Reglas de La Haya*, ni en las *Reglas de Hamburgo*. Así, y a modo de ejemplo, estas cuestiones se concretan en el funcionamiento de los conocimientos de embarque y las cartas de porte marítimo, en relación con las obligaciones de las partes compradora y vendedora del contrato, el tratamiento de las entidades de financiación de las partes o la utilización de las nuevas tecnologías en el contrato de transporte marítimo internacional. En este último sentido, y en ejercicio de adaptación al uso generalizado de las nuevas tecnologías, asimismo, en el ámbito del transporte marítimo, el capítulo 3 de las *Reglas de Rotterdam* regula los documentos electrónicos de transporte. En efecto, los arts. 8, 9 y 10 se refieren específicamente al empleo y la eficacia de los documentos electrónicos de transporte, así como también a los procedimientos para su utilización y la sustitución de un documento de transporte negociable por uno electrónico, que si bien no parece estar completamente extendido en la práctica sí podría experimentar un notable desarrollo en los próximos años. Precisamente, otra de las materias incorporadas en el Convenio se refiere a la transferencia de derechos que regula el capítulo 11 del Convenio. A tal efecto, el art. 57 concreta los casos en los que se ha emitido un documento de transporte negociable o un

54 Vid. REIG FABADO, I.: *El contrato internacional*, cit., pp. 113 y ss.

55 Vid. MORAN BOVIO, D.: “Ocean’s carrier duty of care to cargo in port: the Rotterdam rules of 2009”, *Fordham International Law Journal*, vol. 32, 2009, n° 4, pp. 1162-1184.

documento electrónico de transporte negociable, limitando la responsabilidad del mero tenedor<sup>56</sup> (que no es cargador, ni ejercita ningún derecho derivado del contrato de transporte), en clara referencia a lo establecido por la jurisprudencia inglesa<sup>57</sup>.

Otra cuestión regulada únicamente en las *Reglas de Rotterdam* es la relativa a las obligaciones de la parte ejecutante marítima como figura vinculada directa o indirectamente con el porteador. En este sentido, el propio art. 1 incorpora definiciones relativas a la parte ejecutante, relacionándola con el portador y desvinculándola de cargadores, controlador o destinatario. A continuación el art. 19 incorpora las condiciones de la responsabilidad de la parte ejecutante marítima equiparándola a la del porteador en una serie de supuestos específicos y limitándola a la del porteador: Circunstancia que supone *positivizar* en un instrumento regulador las condiciones que configuran las *cláusulas Himalaya*<sup>58</sup>.

Finalmente, otra de las innovaciones de las *Reglas de Rotterdam* que no se encuentra en los instrumentos anteriores se concreta en las obligaciones del porteador o parte ejecutante y del destinatario con respecto a la entrega de las mercancías. De nuevo el Convenio dedica un capítulo, el 9 –arts. 43 a 49–, a la entrega de las mercancías en relación con la obligatoriedad de la aceptación de la entrega y de la confirmación de la recepción de las mercancías. Dado el carácter conflictivo derivado de los incumplimientos en esta materia y la complejidad de la resolución de los mismos en aras a la ley del contrato o del foro, no cabe sino alabar la inclusión de un capítulo con especificaciones relativas a estos extremos.

## 5. La autonomía de la voluntad contractual: el carácter dispositivo de algunos preceptos en el Convenio.

En términos generales conviene subrayar la importancia de la autonomía de la voluntad en las *Reglas de Rotterdam*<sup>59</sup>. En este sentido, debe añadirse que el propio Convenio determina la aplicación supletoria, en el sentido de no imperativa, y por ende, dispositiva en contratos bajo determinadas condiciones con el objeto de proteger la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato<sup>60</sup>.

Así, los arts. 79 a 81 del Convenio establecen preceptos en relación con la validez de las cláusulas del contrato, los contratos de volumen así como al transporte de animales vivos y mercancías especiales.

56 Vid. el art. 58 de las *Reglas de Rotterdam*.

57 Vid. la Sentencia de la *House of Lords*, de 22 de marzo de 2001, en el asunto *Berge Sisar (Borealis AB v Stargas Ltd., House of Lords, (2001) 560 LMLN 1*.

58 Vid. CARBONE, S. M.: *Contratto di trasporto*, cit., pp. 223 y ss.

59 En este sentido *vid.*, por todos, HONKA, H.: "Scope of application and freedom of contract", en <http://rotterdamrules.com/cms/uploads/Def/Honka/pdf>.

60 Vid. el artículo 80 de las *Reglas de Rotterdam*.

En estos casos, el carácter dispositivo del Convenio subraya el valor de la autonomía de la voluntad de las partes contractuales que podrán negociar cláusulas al respecto. Pero ello, siempre que se respete la responsabilidad del porteador por daños en los supuestos de falta de buena fe negocial y diligencia debida por parte del porteador.

Esta perspectiva –el carácter dispositivo del Convenio y la validez de las cláusulas negociadas por las partes- abre el tratamiento existente con anterioridad dotando al sistema de cierto margen de flexibilidad para supuestos específicos. Sin embargo el carácter dispositivo de las *Reglas de Rotterdam* que permitirían en supuestos específicos la exclusión de la responsabilidad del porteador reviste un carácter claramente limitado<sup>61</sup>. Como se ha visto, su validez se condiciona a la necesidad de concurrencia de buena fe y diligencia debida por parte del porteador: De modo que, *sensu contrario*, en el caso de que las pérdidas en estas mercancías se produjeran a causa de una actitud intencionada o temeraria del porteador, estas cláusulas exoneratorias resultarían nulas. De modo que se busca un margen de equilibrio en la autonomía de la voluntad contractual entre la libertad de las partes y el cumplimiento de unas obligaciones mínimas.

Conviene señalar, en este sentido, el amplio margen que otorgan las *Reglas de Rotterdam* a la autonomía de la voluntad por lo que se refiere a los contratos de volumen<sup>62</sup>. Estos contratos se definen en el artículo primero, párrafo 2<sup>63</sup>, y cuentan con un régimen especial en el art. 80 del Texto. El análisis del precepto –con excepciones a las limitaciones- deja entrever con claridad la intención de dejar en manos de las partes la sumisión o no al régimen del Convenio, en otras palabras, el claro carácter dispositivo de las Disposiciones del Convenio en relación con los contratos de volumen. A nadie se le escapa el considerable peso de Estados Unidos en este sector contractual y el paradójico efecto de *desregulación* con respecto a este tipo de contratos, en relación con el primigenio objetivo del Convenio de unificación y que ha sido objeto de críticas desde diferentes foros<sup>64</sup>.

61 Un análisis comparativo entre los diferentes instrumentos reguladores sobre el carácter limitado de la responsabilidad en AGUIRRE RAMÍREZ, F., FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: *Transporte marítimo*, Vol. III, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 2001, pp. 200-275.

62 Vid. CARBONE, S. M.: *Contratto di trasporto*, cit., pp. 165 y ss.

63 Los contratos de volumen se definen en el art. 1.2 de las *Reglas de Rotterdam* como “todo contrato de transporte que prevea el transporte de una determinada cantidad de mercancías en sucesivas remesas durante el periodo en él convenido. Para la determinación de la cantidad, el contrato podrá prever un mínimo, un máximo o cierto margen cuantitativo”.

64 En este sentido, además de la doctrina latinoamericana, *vid.*, por todos, el denominado *Documento de los Seis* (JOHANSSON, S. O. y otros: “Algunas preocupaciones concretas sobre las Reglas de Rotterdam”, en [www.mcgill.ca/maritimelaw/rotterdamrules/](http://www.mcgill.ca/maritimelaw/rotterdamrules/), consultado a 25 de febrero de 2016). En este documento –que suponía a su vez una respuesta a otro Documento del denominado y partidario “Grupo de los Ocho” se considera esta circunstancia como “sumamente preocupante” y que permitiría a los “operadores a gran escala” obtener tal poder de mercado que podrían “tomar la cadena de distribución internacional de rehén” y lo compara con los efectos de la *desregulación* en el sector financiero internacional y la crisis global en el sector.

## 6. Materias excluidas.

El propio Convenio, en el art. 6, realiza una enumeración de contratos excluidos del ámbito de aplicación material de las *Reglas de Rotterdam*, distinguiendo entre el transporte de línea regular y el que no lo es. De este modo, en primer lugar, se excluyen en línea regular los contratos de fletamento y otros contratos para la utilización de un buque y, en segundo lugar, se excluyen los contratos de transporte en línea no regular cuando exista un contrato de fletamento o de utilización de buque o cuando no se haya emitido un documento -sea electrónico o no- de transporte<sup>65</sup>. Los cambios introducidos con respecto a la normativa anterior parecen reforzar los derechos de terceros legítimamente adquiridos.

La primera exclusión relativa en línea regular a los contratos de fletamento y, por extensión, a los de utilización de buque, se puede considerar como una exclusión clásica, que ya recogían las *Reglas de La Haya y de Hamburgo*<sup>66</sup>. Queda claro pues, a través de esta excepción, que el Convenio se aplica a los contratos de línea regular y no se aplica a los contratos de línea no regular especialmente fletados. Sin embargo, conviene añadir que se incluyen los contratos de línea no regular si se ha emitido un documento -electrónico o no- de transporte, dando consistencia contractual y utilizándose de forma asimilada a los transportes en línea regular, concertados *a demanda*.

Asimismo, en los arts. 82 a 86, bajo la rúbrica “Materias no reguladas por el presente Convenio”, el Texto introduce, fundamentalmente, unos límites a la aplicación del Convenio en materia de responsabilidad a través de unas reglas de compatibilidad con otros Convenios. De modo que en relación con otros sectores del Transporte internacional (aéreo, carretera, ferrocarril y navegación interior) subraya la prevalencia de dichos instrumentos para los casos de responsabilidad del porteador por daños o pérdidas de las mercancías (art. 82) con carácter particular y, con carácter general, para los casos de la responsabilidad de los propietarios de los buques (art. 83) y por accidente nuclear (art. 86). Asimismo, el art. 84 establece una suerte de cláusula de orden público para los supuestos de avería gruesa.

Específicamente, el art. 85 sí realiza una exclusión concreta por razón de la materia relativa a los contratos de transporte de pasajeros y su equipaje a los que no se aplicarán las *Reglas de Rotterdam*. De modo que el Convenio no resulta de aplicación al contrato de pasaje, esto es, al transporte marítimo de personas, que además y precisamente, cuenta con su propia regulación específica a través de otro

65 Vid. el art. 6 de las *Reglas de Rotterdam* en sus párrafos 1 y 2. En especial, la redacción del segundo párrafo realiza una exclusión con excepciones, partiendo de la doble negación, que hemos evitado invirtiendo la redacción en sentido afirmativo para evitar la excepción de la excepción.

66 Vid. los arts. 5 y 2.3 de las *Reglas de La Haya* y de las *Reglas de Hamburgo*, respectivamente.

Convenio internacional<sup>67</sup>. Ello implica, por contraposición, la importancia del concepto de mercancías que establece el propio Texto en el apartado correspondiente de las definiciones del art. 1<sup>68</sup> y la dificultad de delimitar bajo determinadas situaciones la determinación de uno u otro régimen aplicable a determinados *artículos de todo tipo* (sic)<sup>69</sup>.

### 7. Regímenes especiales: el transporte sobre cubierta.

Finalmente, desde la perspectiva material conviene señalar el régimen especial que establece el Convenio para el transporte de mercancías en cubierta. No se trata exactamente de una nueva incorporación pero el hecho es que las *Reglas de Rotterdam* ofrecen una regulación para esta cuestión. Asimismo, tampoco puede plantearse como una exclusión, pues el propio Texto lo que hace es *autorizar* en, al menos tres supuestos, la aplicación del Convenio a esta modalidad específica de transporte.

El análisis pormenorizado de este régimen especial excede el objeto de análisis presente<sup>70</sup> y simplemente cabe señalar que las *Reglas de Rotterdam* prevén la posibilidad de aplicación de un régimen especial –en al menos tres supuestos que lo permiten– al transporte sobre cubierta en su art. 25 cuya regulación difiere sustancialmente de lo establecido en instrumentos anteriores<sup>71</sup>. Piénsese que era materia excluida de la *Reglas de La Haya* y que el sistema *Rotterdam* acoge su regulación y la aplicación, bajo determinadas circunstancias, del régimen de responsabilidad del porteador. En consecuencia, y es la perspectiva que interesa en este análisis, la trascendencia de este régimen especial deriva de la circunstancia que supone, de nuevo, la posibilidad de ampliar, bajo determinadas circunstancias, la responsabilidad de la figura del porteador. Ello sin que pueda incluirse bajo la perspectiva de la ampliación general de la responsabilidad del porteador a la que se ha hecho referencia, sino bajo la consideración de un régimen especial.

## III. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL O *RATIONE PERSONAE*.

67 Vid. el *Convenio de Atenas relativo al transporte pasajeros y sus equipajes por mar*, de 13 de diciembre de 1974.

68 En efecto, el art. 1 de las *Reglas de Rotterdam* en su apartado 24 establece que por mercancías “se entenderán los géneros, los productos y los artículos *de todo tipo* que el porteador se comprometa a transportar en virtud de un contrato de transporte, incluido el embalaje y todo contenedor o equipo auxiliar no facilitado por el porteador, o en su nombre”.

69 Vid. el art. 1, párrafo 24, de las *Reglas de Rotterdam*.

70 En este sentido, vid. un análisis conciso de la cuestión en LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C.: “Las Reglas de Rotterdam (I)”, *Cuadernos de derecho transnacional*, marzo de 2010, vol. 2, n° 1, pp. 165-185, esp. pp. 173-175.

71 En este sentido, el art. 25 de las *Reglas de Rotterdam* establece tres supuestos tasados –a, b y c– en los que “(L) as mercancías *sólo* podrán transportarse sobre la cubierta de un buque si:” (la cursiva es nuestra).

El ámbito de aplicación personal plantea problemas de aplicabilidad de diversa índole. En primer lugar, conviene realizar una precisión previa relativa al carácter irrelevante de los elementos personales<sup>72</sup>. Tal y como se ha señalado con anterioridad, se interpreta que la eficacia de las *Reglas de Rotterdam* es *erga omnes*, lo que implica que, una vez el Convenio sea aplicable por un Estado lo aplicará siempre y en todo caso. Piénsese que la normativa anterior había consolidado la tesis de la *internacionalidad objetiva* del transporte para su aplicación. De modo que todo elemento personal resulta intrascendente a estos efectos: nacionalidad del buque, del porteador o del porteador efectivo. No obstante esta internacionalidad objetiva se formulará *subjetivamente*<sup>73</sup>, esto es, teniendo en cuenta la voluntad de las partes, en otras palabras, los lugares de carga previstos en el contrato más que los efectivos, si bien de habitual coincidencia por lo que respecta a los lugares de carga y al de emisión del conocimiento de embarque. Consecuentemente, prevalece lo dispuesto en el conocimiento de embarque –salvo algunas excepciones en favor del lugar efectivo– para determinar si se trata de un Estado parte del Convenio<sup>74</sup>. Circunstancia que vincula elementos de territorialidad como condiciones de aplicabilidad del Convenio y que afecta de manera excluyente a la delimitación personal del ámbito de aplicación.

Sin embargo, desde la perspectiva de la delimitación del ámbito de aplicación *ratione personae*, concurren otras circunstancias que conviene señalar y que podrían resultar relevantes en cuanto a la implantación de las *Reglas de Rotterdam*. En este sentido, con carácter general, cabe recordar que conforme a las reglas de la Convención sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969<sup>75</sup>, cuando el Tratado entre en vigor, obligará a los Estados partes<sup>76</sup>, sin que pueda crear obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento. Debe señalarse que las *Reglas de Rotterdam* se distancian de estas Reglas generales ya que utiliza la expresión *Estados contratantes* para aquellos Estados que hayan manifestado su consentimiento en obligarse respecto de las reglas del Convenio y para quienes estas Reglas ya estén en vigor<sup>77</sup>. Aunque las *Reglas de Rotterdam* todavía no han entrado en vigor, cabe apreciar la ya mencionada trascendencia de los Estados firmantes en el ámbito del transporte marítimo (vg. Estados Unidos, Países Bajos, Grecia, Dinamarca o Noruega).

72 En palabras de BERLINGIERI: "(E)l Convenio se aplica independientemente de la nacionalidad del barco" vid. BERLINGIERI, F.: "Verso una ulteriore unificazione del diritto marittimo", *Dir. Mar.*, p. 377-405, esp. p. 379.

73 Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *El contrato internacional...*, op. cit., pp. 35-42.

74 Para la diferenciación entre la internacionalidad subjetiva y objetiva, vid., por todos, CARBONE, S. M. *Contratto di trasporto...*, op. cit., esp. pp. 63-126.

75 *Cit. supra*.

76 Vid. art. 26.

77 Conforme al Convenio de Viena, un "Estado contratante" es el Estado que ha manifestado su consentimiento en obligarse por medio de un convenio y respecto del cual el convenio todavía no ha entrado en vigor.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Convenio lo aplicarán los Estados partes que hayan manifestado su consentimiento en obligarse mediante ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios o mediante adhesión, si se trata de otros Estados<sup>78</sup>. Como es sabido, el Convenio exige un mínimo de veinte manifestaciones de consentimiento estatal para su entrada en vigor. Y, aun así, desde una perspectiva *temporal* –que se referencia a continuación– ésta se difiere al primer día del mes siguiente expirado un año desde el depósito de la vigésima manifestación de consentimiento estatal<sup>79</sup>. Ello implica obvia y previsiblemente un largo lapso de tiempo hasta su futura entrada en vigor.

Sin embargo, esta situación *temporal* de espera o *stand by* debe contextualizarse con el resto de instrumentos reguladores, en tanto en cuanto podría afectar a la aplicación *ratione materiae*. En primer lugar, por lo que respecta a las *Reglas de Hamburgo* (que necesitaron veinte años para su entrada en vigor) debe tenerse en cuenta el número de Estados que han procedido a obligarse y, sobre todo, su falta de peso en el tráfico marítimo internacional. Ello significa que los Estados que no han ratificado las *Reglas de Hamburgo*<sup>80</sup> se siguen rigiendo por las *Reglas de La Haya*, considerando que será de aplicación por los Estados que mayores intereses presentan en el comercio marítimo internacional. Es por estas razones que, además de las múltiples hipótesis de aplicabilidad entre los diferentes instrumentos, lo cierto es que no resulta difícil deducir que la clave en la aplicación del instrumento regulador la tiene el órgano jurisdiccional competente al que se dirijan las partes, con el consiguiente y ya mencionado riesgo de *fórum shopping* y, por ende, con los contraproducentes efectos para el objetivo primigenio de la uniformidad<sup>81</sup>.

Otra cuestión que cabe señalar desde la perspectiva de la aplicación *ratione personae* es el hecho relativo a la participación en el Convenio de organizaciones regionales de integración económica, como es el caso de la Unión Europea. En efecto, el art. 93 del Convenio prevé la participación de las organizaciones regionales de integración económica constituidas por Estados y con competencias atribuidas para ello –con una referencia implícita, entre otras, a la Unión Europea–. Esta participación se concreta en la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al Convenio. Y ello reconociéndole los derechos y obligaciones de un Estado contratante, si bien no contará, en términos numéricos, como un Estado contratante

78 Vid. el art. 88, párrafos 2 y 3 de las *Reglas de Rotterdam*.

79 Vid. el art. 94, párrafo 1 de las *Reglas de Rotterdam*.

80 Por ejemplo, España, que, si bien ha sido el primer Estado que ha ratificado las *Reglas de Rotterdam*, no ratificó las *Reglas de Hamburgo* y ni siquiera era Estado firmante del Convenio. Lo cierto es que sí que utilizó el patrón de las *Reglas de Hamburgo* para la elaboración de proyectos legislativos en su Derecho estatal, circunstancias que podrían llevar a considerar la trayectoria del legislador español, cuanto menos, errática, por lo que se refiere al Derecho del Transporte marítimo internacional. Vid. DE LA VEGA JUSTRIBO, B.: "Las Reglas de Rotterdam y el seguro marítimo de mercancías. Su influencia en el Proyecto de Ley general de navegación marítima: la duración de la cobertura", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2011, vol. 4, nº 2, pp. 384-397.

81 Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *El contrato internacional...*, op. cit., p. 33.

a añadir al número general de Estados contratantes del Convenio (situación que podría ser relevante, por ejemplo, a efectos de obtener el número mínimo de manifestaciones de consentimientos estatales requerido preceptivamente para su entrada en vigor). Asimismo, el propio Convenio establece una obligación para estos organismos supraestatales consistente en la necesidad de presentar una Declaración estableciendo los asuntos del Convenio respecto de los que los Estados le han transferido su competencia<sup>82</sup>. Ello implica la inoperatividad de los Estados miembros en los supuestos de *competencias externas* de la Unión Europea sobre competencias legislativas *transferidas* y respecto de materias ya *reguladas*. En cualquier caso y sin ánimo de abordar una cuestión compleja, como es la de los acuerdos mixtos celebrados entre la Unión Europea y sus Estados miembros, que excede del objeto de este análisis, lo cierto es que esta circunstancia se convierte en un potencial criterio limitador en relación con los aspectos tratados. En este sentido, esta limitación puede afectar eventualmente *ratione personae* (a los Estados miembros de la Unión Europea que sean parte de las *Reglas de Rotterdam*) y desde una perspectiva *ratione materiae* (con respecto a las materias tratadas por el Convenio –bajo las condiciones señaladas-).

Finalmente, otra particularidad a señalar desde el criterio de delimitación del ámbito de aplicación *ratione personae* es, que pese a que está prohibido formular reservas a las *Reglas de Rotterdam*<sup>83</sup>, existe la posibilidad para los Estados contratantes de presentar declaraciones<sup>84</sup> en relación con las cláusulas de jurisdicción (arts. 66 a 74) y las de arbitraje comercial internacional (arts. 75 a 78 del Convenio)<sup>85</sup>. Esta circunstancia deja en manos de cada Estado parte la posibilidad de excluir, mediante la realización de las citadas declaraciones, estas disposiciones relativas a la resolución jurisdiccional y arbitral de los conflictos<sup>86</sup>. Esta facultad de limitar materialmente el ámbito de aplicación del Convenio queda, pues, a disposición de los Estados partes en el mismo, por lo que afectan a la eficacia *ratione personae* del mismo. De nuevo se producen interacciones entre las posibles iniciativas de los Estados firmantes (criterio personal) que tienen efectos en las materias incluidas (criterio material). Hecho que de algún modo, y desde la perspectiva de los Estados, convierte en *dispositiva* la operatividad de dichas cláusulas, valorando la dificultad en su negociación y las reticencias que podrían suponer para la ratificación de los Estados.

82 Vid. el art. 93, párrafos 1 y 2, de las *Reglas de Rotterdam*.

83 Vid. art. 90 de las *Reglas de Rotterdam*.

84 Vid. art. 91 de las *Reglas de Rotterdam*.

85 En relación con esta cuestión *vid.*, por todos, ESPLUGUES MOTA, C.: *Arbitraje marítimo internacional*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, 824 pp.; LAPIEDRA ALCAMI, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 358 pp.; LA MATTINA, A.: *L'arbitrato marittimo e i principi del commercio internazionale*, Giuffrè, Milán, 2012, 376 pp. y LAPIEDRA ALCAMI, R.: *La eficacia de los acuerdos de arbitraje en el transporte marítimo internacional: la solución en las reglas de Rotterdam*, en ESPINOSA CALABUJIG, R. (dir.): *Las Reglas de Rotterdam sobre transporte marítimo. Pros y contras del nuevo Convenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 395-425.

86 Vid. CARBONE, S. M.: *Contratto di trasporto...*, op. cit., esp. pp. 599 y ss.

#### IV. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL O *RATIONE LOCI*.

En las *Reglas de Rotterdam* los elementos de conexión territorial son dobles pensando en la configuración del denominado transporte "de puerta a puerta". Por un lado, se incluyen los puertos de carga y descarga y, por otro, se añaden los relativos a la entrega y la recepción<sup>87</sup>. Sin embargo, estos criterios de carácter territorial se proyectan como condiciones de aplicabilidad del Convenio y no como elementos delimitadores del ámbito de aplicación territorial del Convenio, tal y como se ha especificado en el apartado relativo a la eficacia *ratione personae*. Ya se ha visto en este apartado que, una vez cumplidos los requisitos que determinan la aplicación del Convenio y a los que ya se ha hecho referencia, los Estados contratantes lo aplicarán con independencia de que los Estados implicados no sean parte del Convenio, en otras palabras y como ya se ha visto, con independencia de la nacionalidad del buque. En relación con esta cuestión conviene redundar en que el art. 5 del Convenio añade requisitos que exigen que debe situarse en algún Estado parte: el lugar de recepción, el puerto de carga, el lugar de la entrega o el puerto de descarga. Por estas razones, en el citado apartado se abogó por la eficacia *erga omnes* de las *Reglas de Rotterdam*<sup>88</sup>.

Sin embargo, con carácter general y respecto de la delimitación del ámbito de aplicación territorial o espacial de un tratado concurren una serie de circunstancias que conviene señalar. En este sentido, cabe recordar que la regla general dispone que los tratados son obligatorios en la totalidad del territorio de los Estados contratantes, salvo que en el tratado se disponga de otro modo. Desde el punto de vista de la delimitación del ámbito de aplicación territorial por un Estado parte del Convenio, el Texto establece en el art. 92 precisiones con respecto a los Estados plurilegislativos, donde coexisten una pluralidad de órdenes legislativos, como es el caso español.

De suerte que el precepto indica que, si no se ha realizado ninguna declaración a tal efecto, en el caso de la concurrencia de diversas unidades territoriales, el Convenio se aplicará en todo el territorio del Estado parte. Y se trata de una regla general en tanto en cuanto para que no sea así, esto es, para que no sea de aplicación en todo el territorio del Estado parte, se exige la realización de una declaración de este Estado indicando en qué unidades territoriales incluidas en él se aplica el Texto. El propio Convenio establece flexibilidad para el momento en el que deben realizarse dichas declaraciones (bien en el momento de la firma, o bien en el de la aceptación, la ratificación, la aprobación o la adhesión). Además, también permite la posibilidad de sustituir la declaración original por otra en otro momento posterior. Si bien debe

87 Vid. art. 2 de las *Reglas de Rotterdam*.

88 Conviene recordar en este punto que el art. 5 de las *Reglas de Rotterdam*, en el párrafo segundo, establece que será de aplicación con independencia de la nacionalidad del buque, porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del destinatario o de otra parte interesada.

tenerse presente que el Texto dispone que las unidades territoriales excluidas de la aplicación, se considerará, a efectos del Convenio, que *no están situadas* en el Estado contratante al que pertenecen<sup>89</sup>.

## V. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL O *RATIONE TEMPORIS*.

Desde la perspectiva de la delimitación temporal del ámbito de aplicación de las *Reglas de Rotterdam* destacan distintas cuestiones que pueden afectar a su operatividad. Desde la determinación de su fecha de entrada en vigor, hasta los aspectos relativos a la denuncia de los Convenios anteriores.

En este sentido y como es sabido, el 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó este Convenio en Nueva York, que se abrió a la firma en Rotterdam el 23 de septiembre de 2009 y que firmaron originariamente 16 países, si bien actualmente lo han hecho 24 Estados. El propio Texto contiene un precepto, el art. 94.I, donde se establece que entrarán en vigor el primer día del mes siguiente después del transcurso de un año tras de la vigésima ratificación<sup>90</sup>. En otras palabras, una vez obtenidas las ratificaciones de veinte Estados signatarios deberá esperarse un año y algunos días para que entren en vigor. Y ello debe ser tenido en cuenta en tanto en cuanto, actualmente, los Estados que han ratificado este instrumento<sup>91</sup> son tres, España, Togo y Congo y, además, en este orden.

Evidentemente, los procesos de ratificación en los convenios internacionales son lentos pero, desde luego, a medio y largo plazo, el tiempo transcurre en contra del grado de aceptación de los Estados partes por lo que se refiere a la ratificación para su entrada en vigor. De modo que no parece estar cerca, ni mucho menos, la operatividad de este instrumento desde la perspectiva temporal. En relación con el caso del perfil pionero de España, como primer país *ratificante*, pueden valorarse algunos aspectos: en primer lugar, España no fue Estado firmante ni ha adoptado o ratificado con posterioridad a su firma las *Reglas de Hamburgo*. En segundo lugar, España puede considerarse como un Estado fundamentalmente *cargador* que podría verse beneficiado por el régimen de las *Reglas de Rotterdam*, que tiene cierta presencia en la jurisprudencia española<sup>92</sup>, y, tercero, el Presidente del Grupo de Trabajo III sobre Derecho del transporte de la UNCITRAL, que venía trabajando

89 Vid. el art. 92 de las *Reglas de Rotterdam*. En relación con la prohibición del Convenio a la realización de reservas al mismo por los Estados parte (vid. art. 90).

90 El art. 94.I del Convenio dispone que la entrada en vigor del mismo tendrá lugar "el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de un año a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión".

91 Vid. el estado de las ratificaciones de las "*Reglas de Rotterdam* en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/transport\\_goods/rotterdam\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html) (a 25 de febrero de 2016).

92 Las *Reglas de Rotterdam* tienen cierta presencia, si bien testimonial, en la jurisprudencia española que, matizando que no han entrado en vigor, sí que las cita en lo que podría denominarse una *función integradora*, vid. la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n° 2 de Bilbao, de 14 de junio de 2015 (JUR 2016, 1565), la SAPVizcaya 30 julio 2014

en la elaboración del Convenio desde el año 2001 hasta 2008, era el Prof. ILLESCAS ORTIZ<sup>93</sup>. En cualquier caso, a varios años vista de la elaboración del Texto parece existir por parte de los Estados, sobre todo los porteadores, una actitud más bien de prudencia hacia la ratificación.

Asimismo y de manera simultánea a la consideración de la cuestión anterior, deben tenerse en cuenta las normas internacionales relativas a la sucesión de Tratados sobre una misma materia, en los casos en los que, por razón ahora de la ratificación, ocurre con los instrumentos citados. En términos generales, prevalece la norma del tratado posterior frente al anterior que subsiste en caso de que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. Y para el caso en el que alguna de las partes no haya ratificado el último, sus relaciones se regirán por el Tratado en el que ambos Estados sean parte<sup>94</sup>. Y ello teniendo en cuenta lo establecido en el art. 89 de las *Reglas de Rotterdam*, donde se determinan los criterios establecidos para la denuncia de otros convenios en los que ese Estado sea parte asimismo. En este sentido, el precepto establece la obligación<sup>95</sup> de denunciar simultáneamente el *Convenio de Bruselas de 1924* y sus Protocolos posteriores<sup>96</sup>, así como el *Convenio de Hamburgo de 1978*<sup>97</sup>. Además, se condicionan los efectos de las ratificaciones al hecho de haber realizado previamente estas denuncias<sup>98</sup>.

Esta circunstancia implica una serie de consecuencias jurídicas en el plano operativo. En efecto, si las *Reglas de Rotterdam* no contuvieran ninguna disposición en este sentido, las reglas generales de sucesión de Tratados sobre la misma materia implicarían la posibilidad de que un mismo Estado pudiera aplicar diferentes regímenes convencionales en función de qué Convenio le vincula con otro Estado. Sin embargo, la inclusión de esta especificidad de la obligación denuncia previa implica que, una vez entrado en vigor el *Convenio* –pese a las dificultades de distinta índole que se señalan en relación con ello– el Estado que lo haya ratificado, *sólo* aplicará el régimen de las *Reglas de Rotterdam* y en relación con los Estados contratantes en el mismo.

---

(JUR 2014, 2677777), la SAPM 5 mayo 2014 (JUR 2014, 247897), la SAP Álava 19 junio 2012 (JUR 2012, 145522) y la SAPM 2 marzo 2012 (JUR 2012, 124703).

- 93 Algunos trabajos reproducen literalmente un breve texto sobre los “pros y contras más significativos e importantes” para valorar la ratificación de España de las *Reglas de Rotterdam* sin citar la fuente. También se añaden tres conclusiones a favor que se resumen fundamentalmente en que suponen un mejor régimen jurídico que los anteriores.
- 94 En este punto, volvemos al Derecho general de los Tratados, concretamente a la regla establecida para Tratados sucesivos sobre la misma materia en el artículo 30 del *Convenio de Viena de 23 de abril de 1969*, sobre el Derecho de los Tratados (BOE, de 13 de junio de 1980).
- 95 Vid. el art. 89, en los párrafos 1 y 2, de las *Reglas de Rotterdam* que literalmente establecen que el Estado “deberá denunciar simultáneamente”.
- 96 Vid. el art. 89, párrafo 1 de las *Reglas de Rotterdam*.
- 97 Vid. el art. 89, párrafo 2 de las *Reglas de Rotterdam*.
- 98 Vid. el art. 89, párrafo 3 de las *Reglas de Rotterdam*. En este precepto se establece como Depositario de los instrumentos de denuncia al gobierno de Bélgica. De modo que el Secretario General de las Naciones Unidas, en su calidad de Depositario del *Convenio* –según el art. 87 del Texto– deberá consultar al Gobierno de Bélgica con el objeto de lograr la necesaria coordinación a este respecto (vid. art. 89.3 in fine).

La ventaja de esta situación jurídica es, obviamente, la seguridad jurídica y la garantía de unificación que reporta la utilización de un único instrumento regulador para los Estados contratantes en *Rotterdam*. Los inconvenientes que pueden derivarse resultarían de la hipótesis en la que, tras la entrada en vigor de este último Convenio –bajo todas sus condiciones- algunos Estados no lo ratificaran. Ello implicaría que estos Estados –no contratantes- mantendrían el régimen *Haya-Hamburgo* entre ellos pero, simultáneamente, se desvincularían de este mismo régimen *Haya-Hamburgo* que les había unido hasta ahora con el nuevo grupo *Rotterdam*. Esta última hipótesis retorna de nuevo a un supuesto de *desregulación* que, como se ha visto, era uno de los efectos que se pretendían evitar.

En definitiva, no cabe duda que si todos los Estados se vincularan por las *Reglas de Rotterdam* entonces se contaría con un único instrumento regulador que es la verdadera garantía para la consecución de un régimen uniforme. Sin embargo, y mientras tanto, en primer lugar, todas las razones expuestas permiten prever que habrá un largo lapso hasta la entrada en vigor del Convenio. Y, en segundo lugar, una vez entrado en vigor el régimen *Rotterdam* y hasta que sea ratificado por todos los Estados, habrá dos sistemas de regulación del transporte marítimo: *Haya-Hamburgo*, por un lado, y *Rotterdam*, por otro. Es por ello que, pese a las diferentes hipótesis, sí que se puede afirmar que la consecución de un régimen unificado realmente todavía tendrá que esperar un buen número de años, si es que llega a alcanzarse.

Finalmente, el Convenio establece otro elemento relativo a la delimitación del ámbito de aplicación temporal recogido en el art. 94.3<sup>99</sup> del Texto. Este precepto determina la aplicación de las *Reglas de Rotterdam* a los contratos celebrados a partir de la fecha de entrada en vigor para cada Estado contratante. Y ello teniendo en cuenta las dificultades mencionadas con anterioridad con respecto a la entrada en vigor del Convenio y los requisitos establecidos por el mismo a tal efecto.

De modo que, digamos, desde esta perspectiva existe un *doble criterio o condición de temporalidad*: primero, que el Convenio haya entrado en vigor (en general y en particular para ese Estado<sup>100</sup>) y, segundo, que el contrato se haya concluido en esa misma fecha o con posterioridad a la misma<sup>101</sup>.

---

99 El art. 94.3 de las *Reglas de Rotterdam* establece que “cada Estado contratante aplicará las disposiciones del presente Convenio a los contratos de transporte que se celebren en la fecha de entrada en vigor del Convenio respecto de ese Estado o después de esa fecha”.

100 Situación que se produce cuando un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse respecto de un convenio internacional que ya ha entrado en vigor.

101 Ello es conforme con la Regla sobre la irretroactividad de los Tratados prevista en el art. 28 del *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, citado *supra*.

## VI. CONCLUSIONES.

En definitiva y después de lo expuesto en relación con la operatividad de las *Reglas de Rotterdam*, lo cierto es que desde la perspectiva de los distintos criterios de delimitación del ámbito de aplicación del Convenio, los cambios introducidos son tan sustanciales que dotan de especial relevancia al criterio de delimitación material. Su carácter innovador y rompedor con respecto a la tradición jurídica anterior; la ampliación de la responsabilidad del porteador y la complejidad del sistema de determinación de la misma son elementos que explican las reservas o el escepticismo mostrado por más de un especialista en la materia con respecto a las expectativas relativas a su aceptación.

Asimismo, el tratamiento del resto de criterios delimitadores revela otros problemas que se han mencionado con respecto a la puesta en marcha de este modelo regulador; en el sentido en que podrían dificultar la implantación de las *Reglas de Rotterdam*. Estos obstáculos son numerosos pero, en síntesis, se concretan en el bajo nivel de aceptación por los Estados de estos instrumentos, la posibilidad de diferir en exceso la entrada en vigor de estas Reglas o, lo que resultaría todavía peor, la posibilidad de favorecer situaciones no deseables como la existencia de una pluralidad de regímenes reguladores, el *fórum shopping* e, incluso, eventuales situaciones de *desregulación* citadas a lo largo de este trabajo. Elementos a los que se añade la importancia de la autonomía de la voluntad en este instrumento de la que se deriva el *carácter facultativo* de algunos de los aspectos regulados y a los que también se ha hecho referencia.

La valoración conjunta de estas circunstancias convierte al transporte marítimo internacional en uno de los sectores más complejos y con mayores retos jurídicos a lo largo de los próximos años. Precisamente, la evolución experimentada por el contrato de transporte marítimo internacional en su regulación y las dificultades operativas señaladas desembocan en una curiosa paradoja: el panorama normativo, aparentemente, parece más bien complicar que beneficiar la unificación. De modo que, debido a las dificultades señaladas, lo cierto es que concurren elementos que parecen obstaculizar más que favorecer el intento de uniformidad en la regulación jurídica de estas relaciones. Ello con el agravante de contravenir el objetivo relativo al establecimiento de un régimen uniforme para el transporte marítimo internacional y sin restar un ápice de reconocimiento a los trabajos de unificación.

En este sentido, no cabe sino reconocer el ejercicio de adaptación a la actualidad del transporte internacional de mercancías que supone este Convenio ante las nuevas necesidades del comercio internacional. En definitiva, el modelo propuesto por la UNCITRAL en el “Convenio de las Naciones Unidas sobre el *contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo*” (la cursiva es nuestra) y conocido de forma generalizada como las *Reglas de Rotterdam* se

configura como una figura contractual atípica con una parte o sujeto contractual preponderante que es el porteador y que se presenta, en términos generales, como el responsable principal durante el recorrido completo -total o parcialmente marítimo- de las mercancías, la mayor parte de las ocasiones, en contenedores.

Fundamentalmente, cabe señalar la adecuación de la respuesta jurídica al fenómeno global que ha supuesto la “contenedorización” del transporte internacional de mercancías. Cambio que requiere otros parámetros reguladores que superan la diferencia tradicional entre el transporte unimodal y multimodal y que se sitúan en un plano *meta o neo multimodal*. Este hecho se configura como el cambio trascendental operado por las *Reglas de Rotterdam* y se ha expresado como la transición del “puerto a puerto” a la “puerta a puerta” por incidencia de la utilización generalizada de contenedores en el transporte marítimo internacional y que, consecuentemente, afecta a la ampliación de la responsabilidad del porteador:

Con la inercia propia de la puesta en marcha de estos instrumentos internacionales, que requieren de la participación de los Estados en procesos que se extienden años en el tiempo, sólo el tiempo resolverá la cuestión de la idoneidad del modelo propuesto. Proceso en el que se necesita que los Estados superen su tradicional posicionamiento de Estado porteador o cargador y que los Estados porteadores asuman las ventajas de la nueva configuración.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE RAMÍREZ, F., FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: *Transporte marítimo*, Vol. III, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 2001, esp. pp. 200-275.

ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: "Alcance del Derecho Uniforme", en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (dir.): *Derecho del Comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, p. 501.

AA.VV.: *Les Règles de Rotterdam: le droit des transports maritimes au XXI siècle*, Annales Institut Méditerranéen des Transports Maritimes, Marsella, IMTM, 2010, 415 pp.

ARROYO MARTÍNEZ, I.: "La distribución del riesgo en el derecho marítimo", *RDM*, núm. 143-144, 1977, pp. 7-120, esp. p. 38.

BERLINGIERI, F.:

- "A comparative analysis of The Hague-Visby Rules, The Hamburg Rules and the Rotterdam Rules", en [www.comitemaritime.org/draft/pdf/Comparative\\_analysis.pdf](http://www.comitemaritime.org/draft/pdf/Comparative_analysis.pdf), a 25 de febrero de 2016.

- "A new Convention on the Carriage of Goods by Sea: Port to Port or Door to Door", *Uniform Law review*, 2003, pp. 269 y ss.

- "Verso una ulteriore unificazione del diritto marittimo", *Dir. Mar.*, p. 377-405, esp. p. 379.

BONASSIES, P., SCAPEL, Ch.: *Traité de Droit maritime*, LGDJ, París, 2010.

CARBONE, S. M.:

- *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Giuffrè, Milán, 2010, 642 pp., esp. pp. 96- 126.

- *Le Regole di Responsabilità del Vettore Marittimo di Cose*, Giuffrè, Milán, 1988, p. 5.

DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B.: "Las Reglas de Rotterdam y el seguro marítimo de mercancías. Su influencia en el Proyecto de Ley general de navegación marítima: la duración de la cobertura", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 2, octubre 2011, pp. 384-397.

DÍAZ MORENO, A., LÓPEZ SANTANA, N.: "El tratamiento de la multimodalidad en las Reglas de Rotterdam", en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.): *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, Madrid, 2010, esp. p. 221.

ESPINOSA CALABUIG, R.: *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable*, Comares, Granada, 1999, p. 26.

ESPINOSA CALABUIG, R. (dir.): *Las Reglas de Rotterdam sobre transporte marítimo. Pros y contras del nuevo Convenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ESPLUGUES MOTA, C.: *Arbitraje marítimo internacional*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, 824 pp.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho internacional privado*, Cívitas, 8ª ed., Madrid, 2015, p. 154.

HONKA, H.: "Scope of application and freedom of contract", en <http://rotterdamrules.com/cms/uploads/Def/Honka/pdf>.

ILLESCAS ORTIZ, R.: "El Proyecto de Instrumento de CNUDMI/UNCITRAL sobre transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: una visión provisional de conjunto", *Dir. Mar.*, 2004, pp. 897 y ss.

JOHANSSON, S. O. y otros: "Algunas preocupaciones concretas sobre las Reglas de Rotterdam" en [www.mcgill.ca/maritimelaw/rotterdamrules/](http://www.mcgill.ca/maritimelaw/rotterdamrules/), consultado a 25 de febrero de 2016).

LA MATTINA, A.: *L'arbitrato marittimo e i principi del commercio internazionale*, Giuffrè, Milán, 2012, 376 pp.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: "La eficacia de los acuerdos de arbitraje en el transporte marítimo internacional: la solución en las reglas de Rotterdam", en ESPINOSA CALABUIG, R. (dir.): *Las Reglas de Rotterdam sobre transporte marítimo. Pros y contras del nuevo Convenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 395-425.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 358 pp.

LÓPEZ SANTANA, N.: "Ámbito de aplicación del Convenio", en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.): *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 20-45, esp. pp. 20-27.

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C.: "Las Reglas de Rotterdam (I)", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 2, núm. 1, marzo de 2010, pp. 165-185, esp. pp. 173-175.

MORÁN BOVIO, D.: "Ocean's carrier duty of care to cargo in port: the Rotterdam rules of 2009", *Fordham International Law Journal*, vol. 32, núm. 4, 2009, pp. 1162-1184.

NIKAKI, T.: "Conflicting laws in 'Wet' Multimodal Carriage of Goods: The UNCITRAL Draft Convention on the Carriage of Goods [Wholly of Partly] [by Sea]", *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 37, núm. 4, 2006, p. 528.

REIG FABADO, I.: *El contrato internacional de ingeniería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 371 pp., esp. pp. 113 y ss.

SÁNCHEZ-CALERO GUITARTE, F.: *El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 610 y ss.

VALVERDE FARFÁN, I. J.: "El transporte marítimo de mercancías por mar, bajo el régimen de conocimiento de embarque y la conveniencia de la aprobación de las nuevas Reglas de Rotterdam", *Revista de Derecho Económico*, 2011, Ecuador, tomo 3, pp. 177 a 258.

EL DIVORCIO INTERNACIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA:  
PROBLEMAS DE COHERENCIA Y COORDINACIÓN  
NORMATIVA

*“INTERNATIONAL DIVORCE IN THE EUROPEAN UNION: PROBLEMS  
OF LEGAL COHERENCE AND COORDINATION”*

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 208-233*



Rosario  
ESPINOSA  
CALABUIG

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 13 de marzo de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** Los problemas derivados de los litigios familiares dentro de la Unión europea han propulsado los trabajos de unificación normativa de este sector. El presente artículo analiza, en particular, los problemas de coherencia y coordinación entre los reglamentos elaborados en la UE para unificar las normas de competencia judicial en materia matrimonial (Reglamento 2201/2003 "Bruselas II bis") y las normas de conflicto (Reglamento 1259/2003 "Roma III"). Las limitaciones, sobre todo de este último, van a dificultar su puesta en práctica.

**PALABRAS CLAVE:** Divorcio, competencia judicial, ley aplicable.

**ABSTRACT:** The problems regarding family matters in the European Union have promoted the work toward the legal unification of this field. This article analyzes, in particular, the problems of coherence and coordination between the regulations elaborated in the EU to unify the rules of jurisdiction in matrimonial matters (Regulation 2201/2003 "Brussel II bis") and the conflict of law rules (regulation 1259/2010 "Rome III"). The limitations, principally of the last one, will make difficult their practical application.

**KEY WORDS:** Divorce, international jurisdiction, applicable Law.

**SUMARIO.-** I. El Derecho de familia en la Unión Europea: los reglamentos aplicables y sus problemas de coordinación y puesta en práctica. II. Los tribunales competentes para resolver un divorcio en la Unión Europea: el reglamento (CE) n° 2201/2003 (“Bruselas II bis”). III. La Ley aplicable al divorcio en la Unión Europea: el reglamento (UE) n° 1259/2010 (“Roma III”). IV. Conclusiones.

## I. EL DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA: LOS REGLAMENTOS APLICABLES Y SUS PROBLEMAS DE COORDINACIÓN Y PUESTA EN PRÁCTICA

A la vista de las estadísticas consultadas, el número de divorcios y separaciones internacionales producidas anualmente en la Unión Europea (UE) no deja de aumentar. Así lo demuestran los datos aportados por la misma UE y por algunos Estados miembros (EE.MM), como es el caso de España<sup>1</sup>, en relación con los divorcios y separaciones judiciales de parejas de diversa nacionalidad y/o residencia en EE.MM. diferentes<sup>2</sup>.

- 1 Para consultar las estadísticas sobre divorcios y separaciones en la UE ver, entre otros, <http://www.inmujer.gob.es>. En ellas se demuestra el incremento de divorcios y separaciones en la UE, siendo Alemania, Reino Unido y España los países en los que mayor número se produce anualmente. Un Informe de la Comisión europea de 2005 demostraba la celebración anual de unos 2.200 millones de matrimonios, de los que unos 350.000 eran internacionales. Para entonces se producía ya un total de 875.000 divorcios, de los que un 20% (170.000 aproximadamente) era entre personas de diversa nacionalidad (“News Release Eurostat” 25/2006, 12.5.2006, *International Day of Families*, “The family in the EU25 seen through figures”, Luxemburgo, 2006). Estos datos se han ido incrementando según demuestra el Instituto Nacional de Estadística (INE) español en un estudio por países y otras variables como la edad, la nacionalidad, el sexo, etc. Disponible en <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/&file=inebase>. En España, en 2014 (última fecha disponible), hubo 100.746 divorcios, un 5,6% más que en el año anterior. La custodia compartida de los hijos fue otorgada en el 21,3% de los casos de divorcio. Durante el año 2014 se produjeron un total de 105.893 sentencias de nulidades, separaciones y divorcios, lo que supuso una tasa de 2,3 por cada 1.000 habitantes. El total de sentencias en 2014 experimentó un aumento del 5,4% respecto al año anterior. El número de divorcios se incrementó un 5,6%, el de separaciones, un 2,7% y el de nulidades también un 2,7%. Por tipo de proceso, se produjeron 100.746 divorcios, 5.034 separaciones y 113 nulidades. Los divorcios representaron el 95,1% del total, las separaciones el 4,8% y las nulidades el 0,1% restante. La duración media de los matrimonios hasta la fecha de la sentencia fue de 15,8 años cifra similar a la de 2013. Los matrimonios disueltos por divorcio tuvieron una duración media de 15,4 años, mientras que la de los matrimonios separados fue de 22,2 años. Por su parte, el tiempo medio transcurrido entre el matrimonio y la declaración de nulidad fue de 7,4 años.
- 2 Esto es, las situaciones de carácter internacional, “por ejemplo, en las que los cónyuges son de nacionalidades diferentes, residen en Estados miembros distintos o en un Estado miembro del que al menos uno de los cónyuges no tiene la nacionalidad. Por lo tanto, se cumple la condición de la repercusión transfronteriza enunciada en el artículo 81, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (según la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la

### • Rosario Espinosa Calabuig

Doctora en Derecho y Profesora Titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Valencia (España). Tiene numerosas publicaciones en España y el extranjero, tanto monografías como artículos de temática variada. Sus áreas de especialización afectan, entre otras, al derecho de familia en el derecho internacional privado y el derecho del comercio internacional. Ha realizado Conferencias y Seminarios internacionales dentro y fuera de España (Brasil, Uruguay, Italia, Bolivia, Rusia...) y ha sido profesora visitante en universidades como NYU, GWU (EEUU), Roma, Verona, Génova (Italia) o Centros de investigación como el Instituto Max-Planck de Hamburgo (Alemania) o el Instituto Unidroit de Roma (Italia). [rosario.espinosa@uv.es](mailto:rosario.espinosa@uv.es).

A todo ello hay que sumar el hecho de que en los últimos años ha aumentado el número de Estados en los que es posible el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En 2015 son ya 9 de los 28 EE.MM. en los que se permite (por ejemplo, en España, con la Ley 13/2005<sup>3</sup>), lo que se traduce en un potencial aumento de matrimonios en la UE y en una mayor probabilidad -correlativa a dicho aumento- de separaciones y divorcios en los EE.MM. en los que es posible<sup>4</sup>.

Es este aumento de litigios matrimoniales lo que habría justificado la intervención de la UE, desde hace tiempo<sup>5</sup> y desde diversos frentes, para alcanzar una respuesta legislativa unificada a nivel europeo en este sector del derecho de familia. De una parte, el primero de los reglamentos elaborados en este ámbito ha sido el reglamento (CE) n° 2201/2003 (más conocido como “Bruselas II bis”)<sup>6</sup> sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial, así como de responsabilidad parental. Junto a él, elaborado en un momento posterior, el Reglamento (UE) n° 1259/2010 (más conocido como “Roma III”) por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y la separación judicial<sup>7</sup>. De otra parte, hay que mencionar las Propuestas de reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales así como de efectos patrimoniales de las uniones registradas ambas de 16 de marzo de 2011<sup>8</sup>. Para que ambos reglamentos

---

separación judicial, Bruselas 24.3.2010, COM (2010) 105 final, p. 5). Por ejemplo, en España en 2014 el 83,7% del total de divorcios registrados en 2014 tuvo lugar entre cónyuges de nacionalidad española. En el 10,6% uno de los cónyuges era extranjero y en el 5,7% ambos cónyuges eran extranjeros. Disponible en <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/&file=inebase>.

- 3 Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE n° 157 de 2.7. 2005). Desde 2005 hasta 2014, se celebraron en España 31.610 bodas entre personas del mismo sexo, según datos del INE (12.200 entre mujeres y 19.410 entre hombre) y un 6,56% acabó en ruptura. Ver <http://www.ine.es>.
- 4 El último país europeo en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido Eslovenia (2015), que se une a Luxemburgo (2015), Francia (2013), Dinamarca (2012), Portugal (2010), Suecia (2009), España (2005), Bélgica (2003) y Países Bajos (2001). Fuera de la UE, otros países como Canadá, Sudáfrica, Noruega, Argentina, Brasil, Uruguay, Nueva Zelanda y algunos Estados de EE.UU. y México también lo han hecho.
- 5 En concreto, el 14 de marzo de 2005 se presentaba por la Comisión un “Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”. Más adelante, el 17 de julio de 2006, propuso un Reglamento destinado a modificar el Reglamento (CE) n° 2201/2003 (DO L 338 de 23.12.2003), por lo que se refiere a la competencia y para introducir normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial. El Consejo, reunido en Luxemburgo (5 y 6 de junio de 2008), concluyó que no había unanimidad sobre esta propuesta lo que condujo, el 12 de julio de 2010, a la adopción de la Decisión 2010/405/UE por la que se autorizaba una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal.
- 6 Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27-11-2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el reglamento (CE) n° 1347/2000 (DO L 338, de 23-12-2003), conocido como reglamento *Bruselas II*. Este último fue derogado por ser considerado discriminatorio en la materia específica de la responsabilidad parental. Al respecto, ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el Espacio judicial europeo*, Madrid (2007), Marcial Pons, pp. 10 ss.
- 7 Reglamento (UE) n° 1259/2010, del consejo, de 20 de diciembre de 2010 (DO L 343, de 29.12.2010), en vigor desde el 21 de junio de 2012.
- 8 COM (2011), 126 y 127 final. A dichas Propuestas se une la Propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo” de 14.10.2009, COM (2009) 154 final). Sobre la situación actual de algunos de estos reglamentos ver GRAY, J. y

salgan adelante se requiere la unanimidad conforme al art. 81.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de ahí que no esté siendo sencilla su aprobación.

Está siendo sin duda un proceso largo y lleno de dificultades, la mayoría derivadas de las diferencias socio-culturales y legislativas entre los diversos EE.MM europeos. El flujo constante y creciente de ciudadanos de un Estado a otro, con la consiguiente “europeización” e “internacionalización” de las relaciones familiares, venía provocando desde hace tiempo un aumento cada vez mayor de conflictos familiares. Se multiplicaba el número de procesos abiertos en más de un país, con el desgaste que ello suponía tanto para los litigantes como para los respectivos sistemas judiciales. Crecían, igualmente, los supuestos de sustracción internacional de menores con los consiguientes riesgos y perjuicios para éstos y sus familias. El número de separaciones y divorcios aumentaba, de forma que el reconocimiento del divorcio en un concreto país condicionaba la posibilidad –o no– de poder celebrar un nuevo matrimonio o incluso el carácter legítimo de una filiación. Se producían cada vez más los llamados *limping marriages*, esto es, los matrimonios considerados como instituciones claudicantes, disueltos en un país pero considerados válidos en otro. Era urgente, pues, la unificación de una respuesta a escala europea que resolviera o, al menos suavizara, esta situación, a través de un sistema coordinado y eficaz de normas de competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. Dicho sistema sustituiría al vigente en los Estados europeos basado -en su gran mayoría- en una pluralidad de foros alternativos o jerárquicos que, con frecuencia, ocasionaba numerosos conflictos de competencia<sup>9</sup>.

La elaboración del reglamento (CE) n° 2201/2003 ha conllevado, por tanto, la unificación a nivel europeo de las normas sobre la competencia judicial (y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales) en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, con ciertas limitaciones como ahora veremos. No ha pasado lo mismo, sin embargo, en el sector de la ley aplicable a dicha materia a través del reglamento (UE) n° 1259/2010. Por desgracia el nuevo reglamento ha frustrado uno de los objetivos originarios de su elaboración como era la introducción de unas normas uniformes de conflicto en la UE, que fueran coherentes con las normas recién expuestas de competencia judicial del reglamento “Bruselas II bis”. Frustración que deriva de la limitación existente en su ámbito de aplicación, tanto geográfico (por el momento sólo 15 Estados miembros “participantes”) como material (con exclusiones más que discutibles como la

---

QUINZÁ REDONDO, P.: “Stress-testing the EU Proposal on Matrimonial property regimes: co-operation between EU private international law instruments on family matters and succession”, *Familie & Recht*, 2013, pp. 1-37. Asimismo, QUINZÁ REDONDO, P.: “El devenir jurídico del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: aspectos de Derecho internacional privado”, en AA.VV.: *La encrucijada en Europa. Luces y sombras para un futuro común*, (dir por PARDO IRANZO, V. y coord. por CERVERA VALLTERRA, M.): Valencia (2015), Universitat de València, pp. 165-173.

9 Sobre este proceso, ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita*, cit., pp. 48 ss.

nulidad matrimonial). Dicha coherencia buscaba en realidad la identificación *forum-ius*, tan aconsejable en un sector como el derecho de familia en el que la regulación sustantiva y procesal está tan unida<sup>10</sup>.

Las limitaciones expuestas reciben, en general, una valoración crítica ya que, de un lado, se dejan fuera los litigios relativos a la nulidad matrimonial, a pesar de que sí se regulan en el reglamento "Bruselas II bis". Y, de otro, se trata de un texto que sólo ha podido ser adoptado en el marco de una "cooperación reforzada" (*enhanced cooperation*) en el ámbito del Derecho internacional privado (DIPr)<sup>11</sup>, prevista en el art. 20 Tratado de la Unión Europea (TUE) y arts. 326-334 del TFUE, dadas las divergencias entre los EE.MM. en el derecho de familia. Dichas divergencias puestas de relieve por algunos países (en particular los escandinavos, pero también Irlanda y Reino Unido) suponían un rechazo frontal a las normas de conflicto propuestas por el reglamento y una reivindicación de sus tradicionales normas conflictuales favorables a la aplicación sistemática de la *lex fori* como única capaz de garantizar el divorcio y separación judicial. Impedían, así, que la Comisión europea pudiera aprobar un texto sobre el que no existía ni era posible alcanzar la unanimidad y creando, de este modo, una Europa a dos velocidades<sup>12</sup>.

Dicha vía –la cooperación reforzada– era pues la única posible, desde que la Unión asumiera competencias para legislar en el DIPr: de la familia<sup>13</sup>, para sacar adelante un reglamento en materia de ley aplicable y ha supuesto que, hasta la fecha, resulte vinculante tan sólo en 15 EE.MM., a los que desde su fecha en vigor, se les considera como "Estados miembros participantes" en el reglamento. En concreto, se trata de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Portugal y Rumanía. A través de la Decisión 2012/714/UE de la Comisión, de 21 de noviembre de 2012, se confirmaba la participación de Lituania en la cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y

10 Son como las dos partes de una misma moneda, como señala FRANZINA, P.: "Una 'cooperazione rafforzata' fra l'Italia e altri tredici stati membri dell'Unione Europea per determinare la legge applicabile alla separazione e al divorzio", *Int'l Lis* (2011), pp. 95-96.

11 Ver, en general, CANNONE, A.: *Le cooperazione rafforzate. Contributo allo studio dell'integrazione differenziata*, Bari (2005), Cacucci, pp. 10 ss. En particular, POCAR, F.: "Brevi note sulle cooperazione rafforzate e il diritto internazionale privato", *Riv.dir.int.pr.proc.* (2011), pp. 297-306; OTTAVIANO, I.: "La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazione e divorzi transnazionali", *Dir.Un.eur.* (2011), pp. 113-144; FRANZINA, P., "Una cooperazione", cit., pp.7-11; HARDING, M.: "The harmonization of private international law in Europe: taking the character out of family law", *Journ.Priv.Int.Law*, (2011), pp. 203-229; BARUFFI, M.C.: "Il regolamento sulla legge applicabile ai 'divorzi europei'", *Diritto dell'Unione europea*, (4/2011), pp. 841-845; LOPEZ PEGNA, O.: "La proposta de cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, N° 2, pp. 126-127; BOELE-WOELKI, K.: "For better or for worse: the europeanization of international divorce law", *Yearbook of Private international law*, vol. 12 (2010), pp. 21-25.

12 Ver HERRANZ BALLESTEROS, M.: "Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: el reglamento (UE) n° 1259/2010, del consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 22 (2012), pp. 48-49.

13 Sobre la evolución y estado actual de tales competencias ver CARBONE, S.M., y TUO, C.: "Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona", en AA.VV.: *Nuove tendenze del Diritto dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, (dir. por PACE, L.F), Milán (2012): Giuffrè, pp. 113 ss.

a la separación judicial, quedando vinculada al reglamento desde el 22 de mayo de 2014<sup>14</sup>. De hecho, es posible que con el tiempo otros Estados decidan vincularse por el reglamento dada la posibilidad otorgada en dicho sentido por el art. 328.1 del TFUE<sup>15</sup>.

## II. LOS TRIBUNALES COMPETENTES PARA RESOLVER UN DIVORCIO EN LA UNIÓN EUROPEA: EL REGLAMENTO (CE) N° 2201/2003 (“BRUSELAS II BIS”)

Para determinar la competencia judicial de los tribunales de los EE.MM. en un supuesto de divorcio (así como separación judicial o nulidad matrimonial) hay que estar a las normas del reglamento (CE) n° 2201/2003, si bien éste ha recogido un limitado ámbito de aplicación ya que, en relación con las resoluciones relativas a tales litigios el Reglamento “sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas como la causas del divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias” (considerando 8). Ello puede plantear problemas en países donde, como España, el juez puede ser competente para disolver el matrimonio y, a la vez, para liquidar el régimen económico matrimonial y fijar el nuevo régimen de las relaciones paterno-filiales, con base en el art. 91 y siguientes del código civil (C.c.)<sup>16</sup>. Partiendo de dicho ámbito, el reglamento establece una serie de normas de competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, además de unas disposiciones comunes a la responsabilidad parental relativas al control de oficio, la litispendencia o las medidas provisionales o cautelares.

Según el art. 3.1 del reglamento serán competentes para conocer en los asuntos relativos a la nulidad, separación o divorcio los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre: a) La residencia habitual de los cónyuges o, b) El último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí o, c) La residencia habitual del demandado o, d) En caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges o, e) La residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda o, f) La residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda, y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su *domicile*.

14 DO L 323/18, de 22.11.2012.

15 Los días 28 julio y 12 de agosto de 2008 y el día 12 de enero de 2009, diez EE.MM. (Bulgaria, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Austria, Rumanía y Eslovenia) dirigían una solicitud a la Comisión en la que indicaban su intención de establecer una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable en materia matrimonial y pidiendo que la Comisión presentara al Consejo una propuesta en dicha línea. El 3 de marzo de 2010, Grecia retiró su solicitud. Ver considerandos 6, 7 y 8 del reglamento.

16 Ver ES ESPLUGUES MOTA, C.: “Las crisis matrimoniales”, en IGLESIAS BUHIGUES, J.L., ESPLUGUES MOTA, C., Y PALAO MORENO, G.: *Derecho internacional privado*, Valencia (2015), Tirant lo Blanch, 9ª ed., p. 370. El reglamento (CE) n° 2201/2003 resulta aplicable, por otra parte, a las materias civiles, con independencia de cuál sea la naturaleza del órgano jurisdiccional (considerando 7).

Serán asimismo competentes, conforme al art. 3.2., los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del *domicile* común. En este caso, se aclara que, a efectos del Reglamento, el término *domicile* se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de la República de Irlanda.

Como puede observarse se regulan hasta siete foros de competencia, seis de carácter territorial (residencia habitual de uno o de ambos cónyuges) y uno más basado en la nacionalidad común de las partes; todos ellos de aplicación alternativa, lo que permite que las partes puedan ampararse en cualquiera de ellos de forma indistinta. Son muchas, pues, las posibilidades de que los tribunales de un Estado miembro puedan ser competentes. Dicha multiplicidad de foros posibles en materia matrimonial aumentará probablemente los casos de litispendencia, así como, sobre todo, el fenómeno del *forum shopping*.

Los tres primeros foros territoriales se fundamentan en la residencia habitual de los cónyuges, en la última que tuvieron cuando uno de ellos continuara residiendo en ella (la búsqueda de un vínculo de conexión real habría justificado la confirmación de este criterio como el que mejor refleja dicho vínculo) y en la residencia del demandado. En la práctica es previsible que la residencia habitual del matrimonio, incluso cuando sólo uno de los cónyuges siga viviendo en ella, sea el criterio por el que presumiblemente se resuelva la mayoría de casos, sin que deban plantearse excesivos problemas. Algo similar le ocurre al foro de la residencia habitual del demandado en cuanto criterio general de competencia basado en el *actor sequitur*.

Junto a estos tres criterios se regula el basado en la interposición de la demanda conjunta por los cónyuges, así como dos últimos criterios basados en la residencia habitual del demandante en un Estado miembro, si bien sometidos ambos a un requisito adicional. En el primer caso, se exige que el demandante haya residido en dicho Estado al menos un año con anterioridad a la presentación de la demanda. En el segundo, el tiempo de residencia se reduce a seis meses, pero se supedita a que el demandante sea nacional de dicho Estado miembro. Este último criterio fue incorporado como consecuencia de que el anterior había sido juzgado insuficiente por algún Estado, alegando la frecuencia con que la nueva residencia del cónyuge se fijaba en este tipo de casos en el Estado correspondiente a la nacionalidad de éste.

Con la previsión de estos foros de competencia, el reglamento (CE) nº 2201/2003 "no pretende excluir las competencias múltiples. Al contrario, se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales competentes, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía" (STJUE de 16-7-2009, asunto C-168/08, *Hadadi*, s.r., considerando 49). Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) los foros del art. 3 deben interpretarse de forma autónoma, sin atender al derecho de los distintos Estados miembros. En el asunto *Hadadi*, el TJUE

debía valorar la aplicación del foro basado en la nacionalidad de las partes en un supuesto en el que éstas eran consideradas como nacionales por dos Estados miembros de la UE (Francia y Hungría). En ese sentido, ha considerado que, en relación con un supuesto de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales (según el art. 64.4 del reglamento (CE) n° 2201/2003), la interpretación del art. 3.1 del Reglamento favorece que tanto los tribunales franceses como húngaros puedan ser competentes para conocer del litigio, por cuanto el art. 3.1.b) se refiere genéricamente a la nacionalidad común de los cónyuges, sin adjetivarla de ninguna manera (considerando. 43)<sup>17</sup>.

Los riesgos evidenciados con el asunto *Hadadi* explican algunas de las críticas que ha recibido la multiplicidad de foros del art. 3 del reglamento, ya que pueden potenciar el riesgo del *forum shopping* e, incluso, la posibilidad de fraude que puede derivar de la utilización voluntaria de cualquiera de los foros de competencia por parte de los cónyuges que podrían, de común acuerdo o no, cambiar de nacionalidad o, más fácilmente, de residencia habitual y ejercer así una influencia sobre los hechos y, en último término, sobre la competencia o incompetencia de unos u otros tribunales<sup>18</sup>.

Los foros del art. 3 se acompañan, por otra parte, de una serie de reglas que concretan el juego de los mismos. De un lado, el art. 4 establece que el órgano jurisdiccional ante el que sustancien los procedimientos de nulidad, separación o divorcio con arreglo al art. 3 del reglamento, también será competente para examinar la demanda reconventional, siempre que ésta entre en el ámbito de aplicación del Reglamento. De otro lado, el art. 5 considera que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución sobre la separación matrimonial, será asimismo competente para la conversión de dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado miembro lo prevé.

A todos estos foros se les considera de carácter "exclusivo", según se deduce del art. 6, en el sentido de que "un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien sea nacional de un Estado miembro, o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos EE.MM., sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro E.M. en virtud de los arts. 3, 4 y 5". Tal como se ha señalado en STJUE de 29 de

17 En el caso en cuestión, una de las partes consideraba que la nacionalidad francesa era más efectiva que la húngara porque coincidía con el lugar de residencia habitual del matrimonio, por lo que sólo los tribunales franceses podían ser competentes para conocer del litigio. Sin embargo, el TJUE afirma que ambos tribunales podrían ser competentes, pudiendo las partes elegir libremente el tribunal competente (considerando 58). Por otra parte, el riesgo de una duplicidad de procedimientos ante ambos tribunales los resuelve el alto Tribunal con una remisión al art. 19 del reglamento en materia de litispendencia y acciones dependientes (considerando 56).

18 DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P.: "La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe. Convention de Bruxelles II du 28 mai 1998 et proposition de règlement (C.E.) du Conseil", *Gazette du Palais* (1999), 17-18 diciembre, pp. 22-23.

noviembre de 2007 (asunto C-68/07), *Sundelind López*<sup>19</sup>, el art. 6 permitiría que un demandado que no cumple con los requisitos de dicho precepto y que, por tanto, carece de residencia habitual en un Estado miembro (ni tiene la nacionalidad de un Estado miembro), pueda ser requerido ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro conforme a las normas de competencia previstas en el Derecho nacional de este Estado, en virtud de lo dispuesto por el art. 7 del reglamento (considerando 22). Ahora bien, ello sólo será posible siempre que para ese supuesto no haya un tribunal que resulte competente conforme a los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento.

Por otra parte, a modo de “competencias residuales”, el art. 7 dictamina que “si de los arts. 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado” (apartado 1). Pero, además, según el apartado 2º de dicho precepto, “todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados”.

El art. 7 del reglamento ha sido igualmente objeto de interpretación por parte del TJUE en el mencionado asunto *Sundelind López*. En él se planteó una cuestión relativa al divorcio de una nacional sueca con residencia en Francia, cuyo marido, nacional cubano, se encontraba en Cuba en el momento de presentación de la demanda ante los tribunales suecos. Éstos se declararon incompetentes al considerar que los tribunales franceses eran los únicos competentes para conocer de la acción conforme al art. 3 del reglamento. Esta interpretación fue apoyada por el TJUE que consideró que, de acuerdo con el art. 7, los tribunales suecos debían declararse de oficio incompetentes, conforme al art. 17 del Reglamento, en el caso de que los tribunales franceses o cualquier otro tribunal de un Estado Miembro fueran competente según el art. 3 del reglamento.

Las posibilidades de aplicación del reglamento son, pues, muy numerosas, lo que llevará al juez de cada Estado miembro a comprobar, en primer lugar, si dicho texto resulta aplicable dentro de las muchas posibilidades que éste le otorga: si el demandado reside o es nacional de dicho Estado miembro dicho juez será competente conforme a lo dispuesto en el art. 7. De no ser así, en segundo lugar, se podrá recurrir a los foros de fuente interna, si bien sólo después de haber comprobado que ningún otro tribunal de otro Estado miembro es competente (por cualquiera de los criterios de los arts. 3 a 5), ya que en tal caso debería declararse

---

19 Rec., 2007, p. I-10403.

incompetente, según se establece en el art. 19 (relativo a las normas sobre la litispendencia). Estas amplias posibilidades de que el reglamento resulte aplicable desplazarán, en la práctica, la posible aplicación de las normas previstas en cada Estado miembro en la materia (por ejemplo, en España, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985), atribuyéndoles así un carácter ciertamente residual.

### III. LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO EN LA UNIÓN EUROPEA: EL REGLAMENTO (UE) N° 1259/2010 (“ROMA III”)

El objetivo principal con que se ha concebido la elaboración del reglamento “Roma III” ha sido el de evitar el riesgo del *forum shopping* y la consecuente “carrera” a los tribunales para obtener la respuesta legislativa más acorde con los intereses de una u otra parte. Se perseguiría crear así, al menos desde un punto de vista teórico, flexibilidad, previsibilidad y seguridad jurídica<sup>20</sup>, para lo que se han introducido una serie de criterios de conexión de aplicación subsidiaria, como son:

1º) La elección de una ley por las partes conforme a unos criterios establecidos en el art. 5.

2º) En defecto de la anterior, varios criterios de conexión subsidiarios que designan la ley aplicable a través del art. 8, como son: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; b) la ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) la ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) la ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

3º) La *Lex fori*, en cuanto cláusula de salvaguardia (art. 10).

De todos ellos destaca, sin duda alguna, la proclamación de la autonomía de la voluntad como criterio principal de conexión que va a permitir a las partes del litigio elegir una ley, conforme a un listado taxativo que facilita el mismo reglamento. Nunca hasta ahora la autonomía de las partes se había convertido en el bastión de la regulación del derecho de familia, en particular, del divorcio y la separación judicial. Y nunca hasta ahora había suscitado tantas “susceptibilidades” que tendrían su base en las disparidades sociales, culturales y de tradición jurídica existentes entre los EE.MM.

20 Ver ESPINOSA CALABUIG, R.: “Elección de una ley por las partes al divorcio y separación judicial: la solución limitada del Reglamento Roma III”, en AA.VV.: *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali. Scritti di diritto privato europeo ed internazionale*, (coord. por QUEIROLO, I., BENEDETTI, A.M., y CARPANETO, L.), Roma (2014): Aracne, pp. 213-239.

en dicho sector; que han hecho imposible alcanzar la unanimidad en la aprobación de un texto elaborado en el seno de la UE<sup>21</sup>.

El reglamento recoge, además, una serie de reglas para convertir la separación en divorcio (art. 9.1. y 2), así como normas de aplicación de la norma de conflicto como el rechazo del reenvío, la no contrariedad al orden público o la remisión a un sistema plurilegislativo. Con todas ellas, el reglamento aspira a “crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes, garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad, e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses”.

Tales objetivos no esconden la compleja realidad a la que se deberá enfrentar el operador jurídico nacional europeo que deba resolver un litigio sobre divorcio, nulidad o separación en el marco de la UE, ya que deberá manejar textos diversos según cuál sea : a) la fuente jurídica de producción : institucional, internacional o interna; b) el sector del DIPr. afectado (competencia judicial, eficacia extraterritorial de decisiones o ley aplicable); c) el Estado que se vea implicado (miembro o miembro participante o tercero); d) la naturaleza del litigio (divorcio, separación o nulidad matrimonial...); e) todos los aspectos –previos o autónomos- que no se hayan regulado o hayan quedado expresamente excluidos de los diversos Reglamentos, que obligará a utilizar las normas internas de los respectivos EE.MM. La confusión está asegurada.

## I. Características principales del Reglamento “Roma III”.

Los objetivos recién expuestos aspiran a proteger los intereses de las partes y a obtener, de este modo, la ley más vinculada con el litigio. Dicha ley se obtiene mediante el principio de proximidad, importado del DIPr. Belga<sup>22</sup>, que introduce diversos criterios de conexión para permitir que el divorcio o separación de los cónyuges se regulen por la ley que suponga los menores “costes conflictuales” para ellos<sup>23</sup>.

21 Sobre la valoración de la autonomía de la voluntad en los litigios familiares en el Reino Unido ver CARRUTHERS, J. : “Party autonomy in the legal regulation of adult relationships: what place for party choice in private international law”, *International and comparative law quarterly*, (2012), pp. 881 ss.

22 Ver “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, p. 7.

23 Esto es, la proximidad equivaldría a una norma de conflicto eficiente, que llevaría a distinguir entre dos tipos de divorcio regulados por el reglamento en función de la vinculación con los Estados. De un lado, el divorcio “Tipo 1”, en el que el vínculo más estrecho sería aquel con el país elegido por las partes. Y el divorcio “Tipo 2”, aquél en el que el vínculo se encontraría en la residencia habitual de las partes en un mismo Estado miembro, cuando no haya habido una elección por las partes. Según expone CAR CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2012), Vol.

Cabe puntualizar que, aunque el Reglamento “Roma III” se ocupa de regular el divorcio (además de la separación) en la UE, no busca el *favor divortii* a toda costa, aunque ciertas disposiciones lo propician. En concreto, si la ley aplicable al litigio resultase contraria al divorcio no se aplicaría por entender que se vulnera el orden público<sup>24</sup>. Así, según el art. 12, “solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

Otras disposiciones del reglamento estarían propiciando también el *favor divortii* como es el caso del art. 9.2., que regula la conversión de la separación judicial en divorcio. En este caso, “si la ley aplicada a la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio, se aplicará lo dispuesto en el artículo 8, salvo que las partes hayan convenido otra cosa de conformidad con el artículo 5”. E igualmente, el art. 10 in fine dispone que “cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro”.

Por el contrario, otras disposiciones recogidas en el reglamento estarían impidiendo o cuanto menos restringiendo el *favor divortii*<sup>25</sup>. Sería el caso del art. 13 relativo a las “Diferencias en las legislaciones nacionales” según el cual “Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del presente Reglamento”.

Esta última norma ha sido objeto de críticas diversas y es vista con recelo por ciertos EE.MM. por los “riesgos” que una aplicación práctica del reglamento podría suponer para ellos. De una parte, parece una norma coherente con el proceso actual de la UE muy dependiente todavía de las idiosincrasias de los EE.MM. individualmente considerados. Habría sido, pues, “una solución de compromiso justificable en clave jurídica”<sup>26</sup>. Pero, de otra parte, es también una norma discutible y criticable desde diversos puntos de vista, como luego se expone, susceptible de entrañar riesgos

---

4, N° 1, pp. 58-60. Dicho autor se refiere, así, a una “lógica económica” del reglamento. Ver también CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Y SEATZU, F.: “La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento “Roma III”, *Studi sull'integrazione europea* (2010), n. 1, pp. 49-78.

24 Ver ampliamente sobre la manifestación y sentido del *favor divortii* en el reglamento CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La ley aplicable”, cit., p. 66.

25 *Ibidem* pp. 66- 67.

26 Siguiendo así a GUZMÁN ZAPATER, M.: “Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el art. 13 del Reglamento Roma III”, en AA.VV., *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues* (ed. por ESPLUGUES MOTA, C. Y PALAO MORENO, G.), Valencia (2012): Tirant lo Blanch, p. 52, quien recuerda los antecedentes del Reglamento como parte de los orígenes de la comprensión del art. 13 actual.

efectivos, más allá de los que a simple vista podría dar a entender y lejos, quizás, del objetivo con el que—aparentemente al menos— se ha pretendido elaborar:

## 2. Alcance y límites del ámbito aplicativo del Reglamento “Roma III”.

El art. 1.1. del reglamento (UE) nº 1259/2010 se limita a regular el divorcio y la separación judicial en “las situaciones que impliquen un conflicto de leyes” que, aunque no lo precisa, serán consecuencia de la presencia de algún elemento extranjero que no sea la mera elección de un derecho extranjero por las partes, y con independencia de que la ley que resulte aplicable lo sea de un Estado, miembro o no, participante o no, o que esté fuera de la UE. Serán, por tanto, situaciones con “repercusión transfronteriza” en el sentido del art. 81.3 TFUE<sup>27</sup>. Ello es así por el carácter universal del reglamento, derivado del art. 4, según el cual “la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante”.

Tal como indica el considerando 10 del reglamento éste tan sólo regula “la disolución o relajación del vínculo matrimonial”, sin contemplar otras cuestiones que en otros EE.MM., como puede ser España, se resuelven en el mismo procedimiento, por lo que deberán ser resueltas por otra norma de conflicto<sup>28</sup>. Una limitación, por otra parte, que también se produce en el ámbito de la competencia judicial con el reglamento 2201/2003 que, de igual modo, deja sin regular aspectos como las causas del divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras medidas accesorias. Ello puede plantear, como ya se expuso, ciertos inconvenientes en países en los que el juez sea competente para disolver el matrimonio y, a la vez, liquidar el régimen económico matrimonial y fijar el nuevo régimen de las relaciones paternofiliales<sup>29</sup>.

Junto a la limitación anterior el reglamento excluye expresamente una serie de materias, alguna de las cuales merece algún comentario. En concreto, el art. 1.2. excluye varias situaciones privadas, “aun cuando se planteen como mera cuestión

27 El carácter internacional de la relación vendrá dado por el momento en que dicha internacionalidad tiene que producirse y la vinculación con la UE. Más ampliamente, HERRANZ BALLESTEROS, M.: “El régimen jurídico”, cit., pp. 51-52; BARUFFI, M.C.: “Il regolamento”, cit., p. 848; FRANZINA, P., “Una cooperazione”, cit., p. 103; LOPEZ PEGNA, O.: “La proposta”, cit., p. 128.

28 El mismo considerando 10 indica, aunque no aclara, que *La ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes del presente Reglamento debe aplicarse a los motivos para el divorcio y la separación judicial*. Según señalan CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., se estaría haciendo referencia a una serie de cuestiones aludidas en el proceso de elaboración del reglamento como la admisión del divorcio o separación, los efectos de la interposición de la demanda, los efectos de la reconciliación sobre el procedimiento, el régimen del divorcio o separación en caso de desacuerdo, entre otros. En cambio, se excluirían la disolución y liquidación de dicho régimen o la asignación del uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico a uno de los ex-cónyuges. Ver CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2009), nº 1, p. 64. Asimismo, CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho comunitario europeo* (2011), p. 565.

29 Arts. 91 ss Código civil.

prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial”, como son: a) la capacidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias; h) los fideicomisos o sucesiones (art. 1.2.).

Una vez más, se obliga al operador jurídico a hacer un esfuerzo en el manejo de fuentes posibles aplicables, que le permitan regular un litigio relativo a un divorcio en su globalidad<sup>30</sup>, que incluya cuestiones como la responsabilidad parental o los alimentos, además de otra serie de cuestiones accesorias. No será una tarea sencilla ya que, entre otras, habrá que acudir a textos como, por ejemplo:

1º) El reglamento 2201/2003 (“Bruselas II bis”) relativo a la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución, tanto para el divorcio (separación y nulidad matrimonial) como para la responsabilidad parental.

2º) El reglamento 4/2009 para la competencia judicial, el reconocimiento y la ley aplicable a los alimentos (en este último caso, además, mediante la remisión obligada que el reglamento hace al Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a los alimentos)<sup>31</sup>.

3º) El reglamento 1259/2010 (“Roma III”) sobre la ley aplicable al divorcio y separación. En cambio, la nulidad matrimonial y otros aspectos no regulados o excluidos del reglamento, conservarán sus respectivas normas de conflicto internas (por ejemplo, en España el art. 107.1. C.c. regulará la nulidad matrimonial).

4ª) Normas igualmente internas serán las que determinarán la ley aplicable a las cuestiones de responsabilidad parental.

5º) En un futuro, los reglamentos que resulten aplicables en materia, por ejemplo, de régimen económico matrimonial.

De todas las exclusiones realizadas por el reglamento “Roma III” la más llamativa, por injustificada, pues sí que se regula en el reglamento *Bruselas II bis*, es la relativa a la nulidad matrimonial. Llama la atención la explicación dada por el mismo reglamento,

30 De este modo, como señala NASCIBENE, B.: “Le norme di conflitto in tema di separazione e divorzio nel regolamento 1259/2010”, *Diritto del Commercio internazionale* (2012), p. 349, el creciente activismo de la UE en la materia del derecho de familia puede generar una fragmentación en el derecho regulador de dicha materia, contraria al objetivo de crear normas uniformes.

31 Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L 7 de 10 de enero de 2009). Sobre las críticas y sinsentidos de la dispersión normativa en este ámbito ver ESPINOSA CALABUIG, R.: “Las obligaciones alimenticias hacia el menor y su relación con la responsabilidad parental: los reglamentos 4/2009 y 2201/2003”, en AA.VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e le successioni*, (dir. por BARUFFI, M.C., y CAFFARI-PANICO, R.), Padova (2009): Cedam, pp. 51-110.

en su considerando 10, según la cual “El ámbito de aplicación material y el articulado del presente Reglamento deben ser coherentes con los del Reglamento (CE) nº 2201/2003. No obstante, el presente Reglamento no debe aplicarse a la anulación del matrimonio”.

Esa “coherencia” en la que se apoya el reglamento es, en realidad, todo lo contrario, y convierte a la exclusión de la nulidad del ámbito de “Roma III” en injustificada por varias razones<sup>32</sup>. Por una parte, no tiene sentido si se recuerdan los objetivos de elaboración del reglamento, básicamente evitar la “carrera” a los tribunales y favorecer la seguridad jurídica, pues se trata de objetivos que se dan tanto en la separación y el divorcio como en la nulidad matrimonial. Por otra, tampoco cabe argumentar que la autonomía privada de las partes no es procedente para regular la nulidad matrimonial, pues habría bastado con introducir una norma diversa que la excluyera. De igual modo, tampoco tiene sentido argüir que hay países donde no se reconoce la nulidad matrimonial –según se desprende de los trabajos preparatorios del reglamento- pues hay otros donde, por ejemplo en Alemania, no se reconoce la separación. Por último, la exclusión está igualmente injustificada aludiendo al hecho de que el reglamento no regula la celebración del matrimonio, pues hubiera bastado con que cada Estado miembro participante hubiera conservado sus propias normas al respecto.

Otra de las cuestiones excluidas, e igualmente discutible, es la “existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio”, a la que se refiere el art. 1.2 del reglamento. Se dejan sin resolver de este modo situaciones diversas. Por ejemplo, aquéllas en las que se quiera solicitar el divorcio en relación con un matrimonio que fuera potencialmente nulo o inexistente conforme a la *lex fori* como, por ejemplo, el matrimonio celebrado entre menores de edad o el celebrado por la segunda esposa de un matrimonio poligámico o proveniente de un matrimonio concertado<sup>33</sup>.

Pero, sobre todo, se trata de una exclusión que conecta directamente con una de las normas antes expuestas, como es la del art. 13, que parece destinado a calmar susceptibilidades de algunos Estados en los que no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo como sí ocurre, hasta hoy, en 9 de los 28 EE.MM. Se trata de impedir, de esta forma cualquier riesgo interpretativo favorable a un eventual reconocimiento de matrimonios que, siendo válidos en ciertos EE.MM. (por ejemplo, España), no lo son en otros tantos (por ejemplo, Italia). Ello explicaría el tono “tranquilizador” del considerando 26.2, según el cual “Las referencias del presente

32 Teniendo presentes los diversos trabajos preparatorios del reglamento y siguiendo las críticas de OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del reglamento Roma III en España”, *Diario La Ley* (2012), nº 7913, pp. 5-6. Asimismo críticas por la incoherencia del reglamento en este punto, CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El reglamento”, cit., p. 565; HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Régimen jurídico”, cit., pp. 46-47.

33 Ver GUZMAN ZAPATER, M.: “Divorcio”, cit., p. 528.

Reglamento al hecho de que la ley de Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se recurre no considera válido el matrimonio de que se trate a los efectos de un proceso de divorcio deben interpretarse, entre otras cosas, en el sentido de que ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado miembro. En tal caso, no debe obligarse al órgano jurisdiccional a pronunciar una sentencia de divorcio o separación judicial en virtud del presente Reglamento”.

Sin embargo, la exclusión del art. 1.2. lo que provocará, paradójicamente, es la “carrera a los tribunales” amparada en las posibilidades que otorga el reglamento “Bruselas II bis” para justificar la competencia judicial de los tribunales de los EE.MM. (hasta 6 criterios basados en la residencia habitual y uno en la nacionalidad común de las partes), que harán posible la disolución de una pareja de homosexuales que se haya casado en uno de los 7 EEE.MM en los que se reconoce su matrimonio, pero cuya residencia habitual se encuentre en un EM que, por el contrario, no le reconoce validez<sup>34</sup> (*vid supra*).

Todas estas limitaciones explican las calificaciones varias que ha recibido el art. 13, entre otras, como norma de garantía de ciertos valores conservadores<sup>35</sup> o como norma compleja que serviría, de un lado, para dar entrada a las normas imperativas contenidas en el derecho del foro y, de otro, para permitir al juez vinculado por los imperativos del foro que decida si se desconecta del reglamento y somete el litigio a tales imperativos o, por el contrario, construye soluciones más acordes con el tráfico internacional<sup>36</sup>.

Por último, cabe señalar que el reglamento *Roma III* no alude en ningún momento a las normas de aplicación necesaria (ni de origen europeo ni internacional). Dicha solución quedaría justificada, según las profesoras QUEIROLO y CARPANETO, en el reducido ámbito aplicativo del reglamento, pero también sería consecuencia de los límites derivados de la aplicación de la Ley extranjera, por cuanto, en materia

34 Como apunta OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La nueva regulación”, cit., p. 6, cabría la posibilidad de argumentar una especie de foro de necesidad –siempre que exista un vínculo con nuestro país como sería la nacionalidad de uno de los cónyuges- para reivindicar la competencia judicial del tribunal español y poder, así, disolver el matrimonio que, en cambio, no es reconocido como tal, en este caso, en Italia. De hecho, cabe recordar la Declaración del Consejo de 26 de noviembre de 2010 (JUSTCIV 214, JAI 1008) en la que se solicitaba la modificación de *Bruselas II bis* para introducir un *forum necessitatis*, esto es, un foro para casos en que las autoridades judiciales competentes estén situadas en EE.MM. cuya ley no prevé el divorcio o no reconoce la validez del matrimonio para poder obtener una decisión de divorcio. Al respecto, BARUFFI, M.C.: “Il regolamento”, cit., p. 861; CLERICI, R.: “Il ruolo dell'autonomia privata tra espansione e limiti di operatività nel regolamento (CE) N. 1259/2010 sulla legge applicabile al Divorzio e alla separazione legale, *Diritto del Commercio internazionale* (2012), p. 357. Ver igualmente la interesante tesis de FRANZINA P.: “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2011), Vol. 3, n° 2, pp. 101-102, a favor de una noción amplia de matrimonio en *Roma III* que pudiera favorecer la inclusión de las parejas del mismo sexo y, en general, de cualquier unión con carácter formal y estable creada a través de un procedimiento regulado por ley y susceptible de ser disuelto conforme a dicho procedimiento. Al respecto, en general, ver FRANZINA P.: “Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo”, *Riv.dir.int.*, 2009, pp. 1121-1129.

35 OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La nueva regulación”, cit., p. 6.

36 Ver GUZMÁN ZAPATER, M.: “Divorcio”, cit., p. 530.

de disolución del vínculo matrimonial las exigencias materiales relevantes parecen reducirse a garantizar a ambos cónyuges, en un plano de igualdad de condiciones, la posibilidad de disolver su matrimonio y ello quedaría suficientemente tutelado por el art. 10 y la aplicación de la *lex fori* en cuanto cláusula de salvaguardia. En concreto, cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro<sup>37</sup>.

### 3. Consideraciones en torno al principio de autonomía de la voluntad regulado en el Reglamento “Roma III”.

Como ya se ha expuesto, los cónyuges pueden elegir de común acuerdo la ley aplicable al divorcio y la separación personal siempre que se trate de una de las cuatro leyes previstas en el art. 5. Se limita, por tanto, dicha elección por razones varias que ahora se exponen.

La proclamación de la autonomía de la voluntad como criterio principal de conexión choca frontalmente con algunos sistemas estatales de DIPr: de la UE en los que dicho principio se ha rechazado tradicionalmente para regular el derecho de familia<sup>38</sup>, prefiriendo otros criterios clásicos de dicho sector como, sobre todo, la *lex fori*<sup>39</sup>. En España, por ejemplo, ni siquiera la última reforma del Código civil introdujo un margen de libertad a las partes para determinar la ley aplicable a su divorcio o separación, de modo que la norma de conflicto del art. 107.2 (sustituída hoy por las reglas de *Roma III*) permitía tan sólo una elección indirecta, si bien de la *lex fori* española, en el caso de que las partes hubieran presentado previamente la demanda ante el tribunal español, conjuntamente o uno con el consentimiento del otro<sup>40</sup>.

37 QUEIROLO, I., y CARPANETO, L.: *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento “Roma III”*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* (2012), p. 84.

38 Sobre el rol atribuido a la voluntad de las partes en ordenamientos como el italiano, el alemán, el belga o el holandés, entre otros, ver VIARENGO, I.: “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il criterio della volontà delle parti”, in *Riv. dir. int. priv. proc.* (2010), p. 611.

39 Más ampliamente sobre la evolución de la autonomía de la voluntad en la UE y el uso de la *lex fori* por ordenamientos como el inglés, y el rechazo de las soluciones de *Roma III* por los EE.MM. que no han decidido vincularse, ver BOELE-WOELKI, K., “For better”, cit., pp. 26-27; CARRUTHERS, J.: “Party autonomy”, cit., pp. 888-892; QUEIROLO, I., y CARPANETO, L.: “Considerazioni”, cit., pp. 59-62; CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “La ley aplicable”, cit., pp. 67-68; FRANZINA, P.: “La cooperazione”, cit., pp. 94-96.

40 El art. 107, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE nº 234, de 30 de septiembre establecía en su párrafo 2º que: “La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público”). En precepto sigue vigente para regular la nulidad matrimonial que queda sometida a la ley aplicable a su celebración (art. 107.1).

¿Por qué la UE ha decidido aprobar un texto que, no obstante las disparidades todavía existentes entre los EE.MM, prioriza la autonomía de la voluntad en este sector temático del derecho de familia? ¿Cuáles son sus objetivos con esta opción y con qué límites ha sido posible?

### A) Objetivos de la autonomía de la voluntad.

La libertad concedida a las partes para regular su divorcio o separación habría tenido para el legislador de la UE varios objetivos claros, según se desprende de los considerandos y de los trabajos preparatorios del reglamento<sup>41</sup>, como son<sup>42</sup>:

1º) Dar soluciones que favorezcan la flexibilidad y seguridad jurídica. Se busca, sobre todo, la proximidad, el “centro de gravedad” de la relación jurídica<sup>43</sup>.

2º) Evitar que la ley elegida por las partes pueda afectar a sus derechos y a la igualdad de oportunidades, que mejor pueda proteger a la que sería la “parte débil” de la pareja.

3º) Que las partes sean conscientes de la relevancia jurídica de la elección que están realizando, de ahí que deba ser una “elección informada”<sup>44</sup>, y de ahí que se aconseje que los cónyuges tengan acceso a una información actualizada sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la UE y de los procedimientos de divorcio y separación judicial. Consejo que se concreta en el mismo reglamento con la referencia al mecanismo de la red judicial europea y que, según se asegura en el considerando 17, la Comisión “actualiza periódicamente los datos del sistema de información al público a través de Internet, establecido mediante la Decisión 2001/470/CE”. La utilidad de la red judicial es, en efecto, incuestionable, aunque no siempre está tan actualizada como se afirma en el mencionado Considerando.

4º) Fomentar que la ley elegida sea la más vinculada con el litigio (el considerando 14 habla de una ley “con la que tengan vínculos estrechos”) o bien que sea la ley del foro, pero no una sin conexión alguna con las partes. Deberá ser, además, “conforme a los derechos fundamentales reconocidos en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”<sup>45</sup>.

Según se establecía en la Propuesta de reglamento de 24 de marzo de 2010 la autonomía de la voluntad en este tipo de litigios presentaba indudables ventajas ya

41 Véase la propuesta de reglamento presentada el 24.3.2010 (COM (2010) 105 final).

42 Ver ESPLUGUES MOTA, C.: “Crisis matrimoniales”, cit., pp. 391-392.

43 Un centro de gravedad que lleva a aplicar una ley que comporta un coste más reducido para las partes tal como señala CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La ley aplicable”, cit., pp. 58-59. Ver también el “Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, de 14.3.2005, COM (2005) 82 final.

44 Considerando 18.

45 Considerando 16.

que "podría resultar particularmente útil en los casos de divorcio por consentimiento mutuo. Eso constituirá un fuerte incentivo para que las parejas que se enfrenten a una situación de este tipo organicen de antemano las consecuencias de una posible ruptura del vínculo marital y favorecerá los divorcios por consentimiento mutuo, lo que es crucial para los matrimonios con hijos. El Reglamento «Roma III» contribuiría también a la integración de los nacionales de terceros Estados, dándoles la posibilidad de substituir la ley de su nacionalidad por la de su nueva residencia". Sin embargo, dichas ventajas y objetivos corren el riesgo de verse frustrados por todas las limitaciones que comportará la aplicación práctica del reglamento.

### **B) Criterios de conexión utilizados para matizar la autonomía de la voluntad.**

El Reglamento "Roma III" proclama la autonomía de la voluntad de las partes dentro de unos límites que estarían buscando, sobre todo, que el derecho regulador del divorcio o la separación esté vinculado con el litigio. En particular, los cónyuges podrán designar como aplicable cualquiera de las siguientes leyes:

1º) La ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;

2º) La ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;

3º) La ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o

4º) La ley del foro.

La regulación de la autonomía de la voluntad por el reglamento puede ofrecer a las partes grandes posibilidades a la hora de regular su divorcio o separación según los estándares más o menos restrictivos fijados al respecto en el derecho sustantivo elegido, sin olvidar el posible juego del art. 12 (orden público) y el art. 13 (diferencias en las legislaciones nacionales).

Incluso si la pareja hubiera decidido en su momento elegir el derecho más restrictivo, bastará con hacer un uso interesado de "Bruselas II bis" para restar eficacia al acuerdo de ley realizado con un simple cambio de residencia en un Estado miembro no participante en el que, por tanto, las disposiciones de "Roma III" no resulten aplicables y, en definitiva, el acuerdo de ley no tenga validez.

Ahora bien, si se tratara, por ejemplo, de una pareja del mismo sexo, una de nacionalidad italiana y la otra española, que contrajeron matrimonio en España y en

dicho país fijaron su residencia habitual, su elección será en principio más limitada por el juego del art. 13, en el caso de que resolviera el tribunal español (competente con base en “Bruselas II bis”, por ejemplo, por la residencia habitual de la demandante superior a 1 año en España). En tal caso, las partes ya no podrían elegir el derecho italiano conforme al criterio de la nacionalidad de una de las partes (art. 5. c), sino tan sólo el derecho español atendiendo al resto de criterios de conexión previstos, porque es el único que reconoce la validez de su matrimonio y, en consecuencia, les puede divorciar.

Esto significa que las parejas del mismo sexo que contraigan matrimonio en algún Estado en que se reconozca su matrimonio, bien de los EE.MM. “participantes” (Bélgica, Francia o España), del resto de EE.MM. (Dinamarca, Portugal, Suecia y Holanda) o de un tercer Estado (por ejemplo, Argentina, Uruguay, Canadá o Brasil, entre otros), podrán elegir el derecho de cualquiera de dichos Estados siempre que coincida con el país al que conduce cualquiera de los criterios del art. 5 de “Roma III” y el litigio se resuelva conforme a “Bruselas II bis”.

Dicha disparidad en la valoración de la validez del matrimonio de una pareja del mismo sexo, provocará una evidente carrera al tribunal –competente sobre la base del “Bruselas II bis”- del Estado Miembro participante en el que “Roma III” permita elegir una legislación favorable a la disolución de su matrimonio, o de un Estado Miembro no participante pero cuya norma de conflicto lleve al mismo resultado (sería el caso, por ejemplo, de Holanda cuyos tribunales aplicarían la *lex fori* y, por ende, permitiría el divorcio de la pareja homosexual).

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que la autonomía de la voluntad regulada en el art. 5 se apoya fuertemente en el criterio de la residencia habitual (apartados a y b del precepto, aunque también el apartado d basado en la *lex fori*, que coincidirá tendencialmente con la residencia de uno o ambos cónyuges). Dicho concepto debe, una vez más, matizarse de un modo autónomo conforme a la jurisprudencia del TJUE que privilegia una interpretación fáctica del mismo, que lo lleva a prevalecer sobre una eventual residencia anagráfica diversa<sup>46</sup>.

Sin embargo, la determinación de la residencia habitual común de las partes puede conllevar dificultades prácticas, dado su carácter mutable, que impida concretar dicho lugar cuando los cónyuges, de nacionalidad diversa, no hayan vivido nunca en el mismo Estado, o hayan vivido juntos en más de un Estado o bien uno

46 Por ejemplo, STJUE de 2 abril 2009, asunto C-523/07, en relación con la residencia habitual del menor en el reglamento 2201/2003. Ver VIARENGO, I.: “Il regolamento”, cit., pp. 611, nota 33. Igualmente, SILBERMAN, L.: “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What can we learn from Europe?”, *Tulane Law Review* (2008), p. 2011, quien alude a la situación similar que se produce en EE.UU., donde tampoco existe un control del vínculo existente entre la residencia habitual (referido al foro) y la controversia matrimonial, lo que favorece que el litigio pueda ser resuelto por el juez del *domicile* del cónyuge demandante que aspira a obtener una sentencia de divorcio conforme a la *lex fori* de dicho Estado.

de ellos, tras un periodo de residencia en común, se traslade a vivir a otro Estado. Se debería haber incluido, por tanto, un abanico más amplio y flexible de conexiones. La opción por la residencia habitual común de las partes no es, desde luego, de gran utilidad, pues además de lo expuesto coincide con los criterios establecidos para determinar la ley aplicable en ausencia de acuerdo entre las partes en el art. 8. Una mayor flexibilidad en las conexiones habría favorecido la coordinación entre la normativa conflictual reguladora del divorcio y aquella reguladora de otras cuestiones estrechamente vinculadas, en las que se permite también la elección de las partes en favor de la residencia de uno sólo de los cónyuges<sup>47</sup>.

### C) Características del acuerdo de las partes.

Uno de los aspectos fundamentales del reglamento es la validez del acuerdo realizado por los cónyuges para regular su divorcio o separación matrimonial, ya que de ello dependerá el éxito final del principio de autonomía de la voluntad en este ámbito. Si las partes desean un divorcio consensual y parte de este consenso es, además, determinar qué ley estatal va a regirlo, deberán estar muy atentas a que éste sea válido desde un punto de vista formal y sustancial. Ello explica las normas del reglamento en dicho sentido, si bien son varios los aspectos que silencia y que, en la práctica, podrá generar problemas interpretativos.

#### 1º) Momento de realización del acuerdo.

El acuerdo por el que las partes designan la ley aplicable a su divorcio o separación se podrá celebrar y modificar “en cualquier momento”, pero “a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional” (art. 5.2.). Pero incluso se contempla la posibilidad, si la *lex fori* así lo establece, de que los cónyuges puedan designar la ley aplicable “en el curso del procedimiento”, en cuyo caso el órgano jurisdiccional deberá registrar la designación hecha con arreglo a la ley del foro (art. 5.3).

No parece que una modificación del acuerdo de ley durante el proceso despierte especiales dificultades, al menos en ordenamientos que, como la Ley de Enjuiciamiento Civil española, permite pasar de un procedimiento contencioso de separación o divorcio a uno consensual. En tales casos, las partes podrían comunicar al órgano jurisdiccional el sometimiento a una de las leyes establecidas en el art. 5 en el mismo escrito en el que se solicita el cambio de sustanciación procesal<sup>48</sup>.

47 Tal como expone VIARENGO, I.: “El reglamento”, ct., pp. 612-614, en relación con las obligaciones alimenticias reguladas por el art. 8 del Protocolo de la Haya de 2007 o el régimen económico matrimonial regulado por la propuesta de reglamento (art. 16).

48 Según señala ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* en el reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *Diario La Ley*, nº 7613, 2011, p. 6. Tal como indica el autor, en los ordenamientos en los que no fuera posible modificar el acuerdo de elección después de la interposición de la demanda, se impondría la regla del art. 5.2. del reglamento.

## 2º) Requisitos formales del acuerdo.

El acuerdo de ley aplicable deberá realizarse por escrito (incluido el realizado por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del mismo), fechado y firmado por ambos cónyuges, según reza el art. 7.1. En el caso de que el EM participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual -en la fecha de celebración del acuerdo- establezca requisitos formales adicionales para ese tipo de acuerdo éstos resultarán también aplicables (art. 7.2.)<sup>49</sup>, por ejemplo, la necesidad de inscripción del acuerdo en un registro civil o de su autenticación por una autoridad pública oficial, un notario o incluso el juez. Estos requisitos adicionales se deberían haber comunicado por los Estados participantes antes del 21 de septiembre de 2011 a la Comisión Europea, que las hubiera publicado a través de la red judicial europea, pero de momento ningún Estado ha manifestado nada al respecto<sup>50</sup>.

Todas las posibilidades que ofrece el art. 7 respecto a las exigencias formales del acuerdo pueden crear problemas aplicativos de la norma y, por ende, de interpretación del acuerdo sobre la ley aplicable, al poder variar según el EM participante de que se trate, y según cuál sea la residencia habitual de uno o de ambos cónyuges. En principio, la autoridad que deba aplicar el acuerdo de ley elegida por las partes deberá reputarlo como válido desde el punto de vista formal, aunque la *lex fori* establezca requisitos más restrictivos, si así se ha estipulado por ellas con arreglo a las leyes indicadas por “Roma III”<sup>51</sup>.

El art. 7 no parece, pues, destinado a proteger a ultranza la validez del acuerdo de ley, sino que está abierto a exigencias formales más estrictas que las fijadas por la regla general del párrafo 1º (escritura, fecha y firma de las partes)<sup>52</sup>.

## 3º) Requisitos sustanciales del acuerdo.

Bajo el título “consentimiento y validez material” el reglamento “Roma III” regula la existencia y validez del convenio de elección de la ley aplicable a través de la ley putativa del acuerdo, esto es, “la ley por la que se regiría el convenio en virtud del presente Reglamento si el convenio o cláusula fuera válido” (art. 6.1.)<sup>53</sup>. Por tal motivo,

49 Se indica, además, que “si, en la fecha de celebración del convenio, los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y si las legislaciones de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes, el convenio será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos legislaciones (art. 7.3.). Y “si, en la fecha de celebración del convenio, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y si la legislación de tal Estado establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación” (art. 7.4.).

50 Siguiendo a QUEIROLO, I., Y CARPANETO, L.: “Considerazioni”, cit., p. 77.

51 Ver VIARENGO, I.: “Il regolamento”, cit., pp. 619.

52 Según señala ÁLVAREZ DE TOLEDO, L.: “El pacto”, cit., 13.

53 Fórmula muy similar a la del art. 10 del Reglamento *Roma I*. Cfr. HAMME, P.: “Le nouveau Règlement (UE) n. 1259/2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Revue critique droit int. Privé* (2011), p. 322.

debe tratarse de una “elección informada, con conocimiento de las consecuencias jurídicas del convenio que celebren para elegir la ley aplicable”<sup>54</sup>, sobre todo por parte del cónyuge “débil”. De ahí la necesidad de que los cónyuges tengan acceso a una información “actualizada”, “pertinente” y “de calidad” sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la UE y de los procedimientos de divorcio y separación judicial (mediante la consulta de la red judicial europea)<sup>55</sup>. Será, por tanto, el juez que resuelva el litigio quien deba verificar discrecionalmente que la ley elegida por los cónyuges para regularlo ha sido fruto, en efecto, de un acuerdo consciente e informado para ambos<sup>56</sup>, que no afecta a sus derechos ni a la igualdad de oportunidades<sup>57</sup>.

No obstante, el cónyuge que desee establecer que no dio su consentimiento a dicho acuerdo podrá acogerse a “la ley del país en el que tenga su residencia habitual en el momento en que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1” (art. 6.2).

El sentido de esta última norma parece referirse a los acuerdos en favor de determinadas leyes de países de religión islámica, concluidos entre cónyuges actualmente residentes en la UE, para permitir que la mujer pueda escapar de las consecuencias no deseables, resultantes de la ley elegida, que le pudieran perjudicar. El apartado 2<sup>º</sup> del art. 6 permitirá, pues, que una mujer que haya sufrido alguna presión o no haya sido informada en igualdad de condiciones que su marido, por aplicación de la ley elegida inicialmente para regular su divorcio, pueda impugnar en juicio la validez de su propio consentimiento a dicha elección. De este modo, se estarían anticipando los efectos del orden público –regulado en el art. 12– al hacer posible que la ley elegida por las partes se descarte en favor de otra que resulte de criterios objetivos<sup>58</sup>, por lo general la residencia habitual de los cónyuges.

#### 4<sup>ª</sup>) Tipología de acuerdos.

Entre los aspectos sobre los que el reglamento guarda silencio están los referidos a los tipos de acuerdos que podrían realizar las partes para elegir la ley reguladora de su divorcio o separación. No se dice nada, por ejemplo, sobre los siempre más habituales pactos prenupciales, esto es, realizados con anterioridad al matrimonio,

---

54 Considerando 18.

55 Considerando 17.

56 Ver QU QUEIROLO, I., Y CARPANETO, L.: “Considerazioni”, cit., p. 77; VIARENGO, I.: “Il regolamento”, cit., p. 616; BARUFFI, M.C.: “Il regolamento”, cit., p. 848.

57 En el sentido del considerando 18.

58 Según señala VIARENGO, I.: “Il regolamento”, cit., p. 616. Ver también ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El pacto”, cit., p. 9, quien alude al cauce procesal apropiado para impugnar la validez del consentimiento al acuerdo de ley aplicable, que en España sería el del incidente de previo pronunciamiento regulado en los arts. 390 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

como tampoco sobre los acuerdos realizados después del matrimonio, en previsión de una posible crisis matrimonial, ni los estipulados tras surgir la crisis ante la inminencia de un proceso de separación o divorcio.

Sin embargo, un análisis comparativo con la Propuesta de reglamento sobre el régimen económico matrimonial<sup>59</sup>, permite comprobar como el reglamento “Roma III” sólo alude a los cónyuges en cuanto sujetos artífices del acuerdo, mientras que la Propuesta no sólo se refiere indistintamente a la pareja y a los cónyuges, sino que además menciona expresamente los acuerdos realizados durante y después del matrimonio. En línea con dicha Propuesta habría, por tanto, que admitir los pactos de ley aplicable al divorcio y separación que puedan realizarse tan sólo después de haber contraído matrimonio, sea antes o después del procedimiento judicial, con exclusión de los pactos prenupciales<sup>60</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES.

Mucho se ha hecho en la UE en favor de la unificación normativa en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial. Sin embargo, son todavía muchas las deficiencias y limitaciones que han malogrado, en buena parte, el éxito de dicha unificación. En particular, la elaboración del reglamento (UE) n° 1259/2010 (“Roma III”) ha frustrado uno de los objetivos originarios de su elaboración como era la introducción de unas normas uniformes de conflicto en la UE que fueran coherentes con las normas uniformes de competencia judicial en dicho espacio a través del reglamento (CE) n° 2201/2003 (“Bruselas II bis”). De este modo se aspiraba a una identificación *forum-ius*, tan aconsejable en el derecho de familia en el que las normas sustantivas y procesales están tan unidas.

La frustración de tales objetivos es consecuencia de la limitación existente en el ámbito de aplicación de “Roma III”, tanto geográfico (por el momento sólo 15 EE.MM. “participantes”), como material (con exclusiones más que discutibles como la nulidad matrimonial). Muy al contrario, lo que parece potenciarse es un empleo interesado del reglamento “Bruselas II bis” como instrumento para aplicar -o no- las soluciones del reglamento “Roma III”, según el resultado material que se quiera

59 Ver arts. 16 y 18 de la “Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales” (COM/2011/0126 final).

60 Ver QUEIROLO, I. y CARPANETO, L.: “Considerazioni”, cit., p. 81, quienes aluden al problema no previsto de la incertidumbre sobre la duración del acuerdo realizado después del matrimonio pero antes del procedimiento de divorcio, ya que puede haber transcurrido mucho tiempo desde que fuera suscrito por los cónyuges. Ello puede provocar un posible cambio, tanto legislativo en cuyo marco se realizó el acuerdo, como también de las circunstancias personales de la pareja o de uno de ellos que influyen claramente sobre el acuerdo. Por su parte, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El pacto”, cit., 4, considera fuera de duda la exclusión de los *prenups* o pactos prenupciales del ámbito del reglamento, desde el momento en que éstos tienen una “proyección predominantemente extraprocesal”, mientras que un pacto de elección de ley, aunque se suscriba antes del matrimonio, tiene una “proyección marcadamente procesal”.

alcanzar por las partes, en función de sus intereses, y como consecuencia de las divergencias en los derechos sustantivos de los mismos EE.MM. participantes.

A los problemas de coordinación normativa, consecuencia de la falta de coherencia entre los citados reglamentos, hay que añadir las dificultades prácticas que tendrá el operador jurídico nacional, dentro de la UE, que deba enfrentarse a un litigio de índole familiar. No será fácil, desde luego, manejar textos diferentes que puedan resultar aplicables a dicho litigio según cuál sea la fuente jurídica (europea, internacional o estatal), el sector del DIPr: afectado (competencia judicial, ley aplicable...), el Estado implicado (miembro de la UE, miembro « participante » de la UE o tercer Estado fuera de la UE), la naturaleza del litigio (divorcio, separación judicial, nulidad matrimonial, alimentos, régimen económico matrimonial...), así como todos los aspectos que no se hayan regulado o hayan quedado expresamente excluidos de los Reglamentos aplicables en la UE.

Todos estos problemas y dificultades no desaniman, sin embargo, al legislador de la UE que sigue incansable en su sueño de unificación normativa en un sector de tanta relevancia práctica como es el Derecho de familia. Tiempo al tiempo...



CUESTIONES DE  
INTERÉS JURÍDICO.



ANÁLISIS DE LOS ORÍGENES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN  
COMO EXPLICACIÓN DE SU ACTUAL CONFIGURACIÓN  
COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

*ANALYSIS OF THE ORIGINS OF FREEDOM OF EXPRESSION  
AS AN EXPLANATION OF ITS CURRENT CONFIGURATION AS AN  
INSTITUTIONAL GUARANTEE*

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 236-253*



Jorge Antonio  
CLIMENT  
GALLART

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 18 de marzo de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** La actual configuración de la libertad de expresión como garantía institucional de la democracia tiene su origen doctrinal en la Inglaterra del siglo XVII, aun cuando la consolidación de la misma tendrá lugar en la Primera Enmienda norteamericana. Precisamente las tesis que, sobre la libertad de expresión en general y sobre la libertad de prensa en particular, mantuvieron los Padres Fundadores de EEUU, serán luego plenamente acogidas por la Corte Suprema norteamericana. El TEDH acabará aplicando las tesis de dicha Corte, para resolver los conflictos en que esté en juego dicha libertad.

**PALABRAS CLAVE:** Libertad de expresión, libertad de prensa, democracia, verdad.

**ABSTRACT:** The current configuration of freedom of expression as an institutional guarantee of the democracy has its doctrinal origin in the seventeenth-century England, even though its consolidation was in the US First Amendment. Precisely the theses about freedom of expression in general and on freedom of the press in particular kept by the Founding Fathers of the United States, will then be fully embraced by the US Supreme Court. The ECHR has ended applying the thesis of this American Court to resolve those conflicts in which that freedom is at stake.

**KEY WORDS:** Freedom of expression, freedom of the press, democracy, truth.

**SUMARIO.- I. Introducción.- II. Inglaterra.- III.- Estados Unidos.- IV.- De nuevo Inglaterra.- V. De nuevo EEUU.-**

---

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día nadie duda sobre la doble naturaleza de la libertad de expresión, como derecho subjetivo y como garantía institucional de una opinión pública libre, sin la cual, la democracia devendría en pura quimera. Es precisamente esta última concepción, la que determina que la jurisprudencia y la doctrina le hayan reconocido el estatuto de "libertad preferente". No significa ello que jerárquicamente se sitúe en una posición superior; pero sí que deberá ser tenida muy en cuenta su naturaleza en caso de conflicto con cualquier otro derecho, pues aquella se encuentra en la esencia misma del sistema democrático.<sup>1</sup>

A través del presente artículo vamos a analizar, siquiera someramente, los orígenes de esta libertad, pues solo comprendiendo cuáles fueron sus gérmenes se comprenderá por qué la jurisprudencia del TEDH y de nuestro TC le han reconocido dicho estatuto de libertad preferente. En concreto, nos ajustaremos, en cuanto a sus

---

I MARTÍNEZ SOSPEDRA, M: *Libertades públicas*. Valencia (1993): Fundación Universitaria San Pablo CEU, pp. 66-68: "(...) la característica de la posición preferente radica en la mayor importancia de determinadas libertades y derechos en el conjunto del sistema de derechos fundamentales (...) Esa mayor importancia se fundamenta en la mayor presencia de los valores constitucionales en tales derechos, lo que acarrea su mayor fundamentalidad, en su superior capacidad configuradora del orden político de la comunidad constitucionalmente prescrito. Si determinados derechos gozan de una mayor pretensión de validez se debe a que su importancia en la definición del orden de la comunidad es mayor que la de otros, a que su capacidad de configurar el "orden público" indisponible y vinculante para ciudadanos y poderes públicos es mayor. De ello se sigue: Primero. La presunción de la exclusión de antijuricidad del ejercicio (...) de los derechos que gozan de esa posición preferente. El ejercicio de tales derechos se conceptúa, en principio, como justificado y, por tanto, plenamente conforme a Derecho. En consecuencia, el recto ejercicio de los mismos no puede ser antijurídico, y por ende, no puede generar responsabilidad administrativa, civil o penal. La afirmación de la ilicitud del ejercicio del derecho debe ser probada, y no podrá serlo fuera de los casos en los que dicho ejercicio sea desviante. (...) Tercero. La preponderancia en el "balancing". En caso de concurso entre derechos fundamentales, la posición de los derechos dotados de mayor validez es más fuerte que la de los demás, y, en consecuencia, en igualdad de intereses en conflicto, la decisión debe inclinarse, la ponderación de tales intereses debe hacerse, en favor del derecho preferente. Cuarto. Lo que en buena lógica exige que, para prevalecer los intereses no protegidos por el derecho preferente, los mismos deben tener una presencia más intensa, una posición preponderante en el conflicto de derechos planteado. Los derechos no preferentes solo pueden prevalecer en la ponderación de intereses en el caso de que la presencia de los derechos preferentes sea secundaria, periférica o marginal al conflicto mismo."

• **Jorge Antonio Climent Gallart**

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia.

Profesor Asociado del Departamento de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia.

Abogado. Correo electrónico: jorge.climent@uv.es

orígenes, a dos de sus manifestaciones: la libertad de imprenta (y prensa) y la libertad en el discurso parlamentario.

Nuestro estudio se va a centrar especialmente en el mundo anglosajón, y más concretamente en el estadounidense, dado que el TEDH primero y nuestro TC después han seguido los criterios interpretativos que, en su momento, marcó el Tribunal Supremo norteamericano, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, con fundamento en la Primera Enmienda.

Con carácter previo al desarrollo de este artículo, merece destacarse que para su redacción hemos seguido, fundamentalmente, a los profesores ANSUÁTEGUI ROIG<sup>2</sup> y MUÑOZ MACHADO,<sup>3</sup> que, sin desmerecer al resto de autores que también nos han ilustrado,<sup>4</sup> cabe destacarlos por la excelsa labor de compilación documental llevada a cabo para la redacción de sus obras.

Empezaremos citando a ANSUÁTEGUI ROIG, para el cual, acertadamente, “el conocimiento y comprensión de la historia de los derechos ayuda a entender los valores que ellos materializan y su sentido actual”.<sup>5</sup> Si ello es evidente respecto de cualquier derecho, lo es aún más en el caso de la libertad de expresión, pues solo entendiendo de dónde viene, cómo surge este derecho, podremos entender la importancia mayúscula que le otorga la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Estados Unidos, como del TEDH, como fundamento mismo del sistema democrático.<sup>6</sup> Dicho estatuto jurídico reforzado es el resultado de un rechazo hacia lo que antaño, y hasta hace poco en nuestro país, era habitual, la censura. Su existencia, como veremos, es totalmente incompatible con cualquier sistema que se precie de ser verdaderamente democrático. Quienes han detentado el Poder siempre han visto con muchas reticencias, cuando no se han opuesto abiertamente a que la ciudadanía pudiera tener libre acceso a una información que le permitiese empoderarse y pusiese en riesgo un statu quo claramente favorecedor de los intereses de la clase dirigente. Al fin y al cabo, el libre fluir de la información permite tomar conciencia sobre todos aquellos temas de interés público y posicionarse

---

2 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*. Madrid (1994): Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el BOE.

3 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios de la libertad de la palabra. Discurso leído el día 26 de mayo de 2013 en su recepción pública en la Real Academia Española*. Madrid (2013).

4 También han resultado de una ayuda extraordinaria los estudios llevado a cabo por los profesores SANTIAGO SÁNCHEZ GONZÁLEZ, sobre la libertad de expresión, y MARC CARRILLO, por sus comentarios a la obra de John Milton, *Aeropagítica*.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *La libertad de expresión*. Madrid (1992): Marcial Pons,  
CARRILLO, M.: *Aeropagítica*. Madrid (2011): Tecnos.

5 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales*, cit., p. 24.

6 *Ibidem*, p. 25: la libertad de expresión “(...) es considerada como un tronco común del que parten determinadas y concretas libertades, como las de palabra, imprenta o prensa, pudiéndose hablar en el siglo XX, también de libertad de información. Todas estas libertades serían concreciones de un enunciado genérico, y vendrían determinadas por los canales, sobre todo, de naturaleza técnica, empleados para llevar a cabo un efectivo ejercicio de la libertad de expresión. Son manifestaciones de una necesidad vital del individuo y de un requisito ineludible del sistema democrático”.

respecto de los mismos. Solo así se puede ejercer un control efectivo sobre quienes gestionan la res pública y sobre el modo en que lo hacen. Con una información dirigida desde el Poder, ello es imposible. Como muy acertadamente señala SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “La historia de la humanidad puede describirse como la historia de la represión de la expresión”.<sup>7</sup>

Habiendo quedado claro, por tanto, la mayúscula importancia de la libertad de expresión, vamos a centrar el estudio en los diferentes episodios y personajes que han sido fundamentales en el nacimiento y consolidación de la misma. Para ser rigurosos, debemos reconocer que, obviamente, con los nombres y episodios históricos que aquí se citan, no se agota el estudio de la historia de la libertad de expresión, pero tampoco es nuestra pretensión. Simplemente hemos querido destacar aquellos personajes y acontecimientos que han sido, a nuestro parecer, especialmente relevantes en la afirmación y defensa de esta libertad.

Tres países son fundamentales en el estudio de los orígenes de la libertad de expresión: Inglaterra, EEUU, y Francia. El modelo de reconocimiento de derechos fundamentales inglés es totalmente distinto al norteamericano o al francés. Así pues, mientras estos últimos, que nacen en procesos revolucionarios, buscan su fundamento en el iusnaturalismo racionalista y en el pensamiento ilustrado,<sup>8</sup> aquel,

7 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *La libertad*, cit., pp. 14-16: “la libertad de expresión es la piedra de toque de todo régimen político. Su existencia o ausencia, sus límites legales, su uso en forma de libertad de información, su abuso, su entendimiento, su regulación, su alcance, su interpretación por los ciudadanos, por los medios de comunicación, por la clase política y por el gobierno, sus pretendidas bases teóricas, revelan cada uno de ellos y todos globalmente considerados, la naturaleza más o menos liberal, más o menos democrática, de la estructura del poder vigente, en una sociedad en un momento determinado. El grado de libertad de expresión, las fluctuaciones de la misma, nos indican igualmente el estadio del progreso social alcanzado y las perspectivas – si es que existen – de cambio político. Las manifestaciones de la libertad de expresión sirven, además, de pauta para averiguar el sistema de valores vigente o predominante (...)

La historia de la humanidad puede describirse como una historia de la represión de la expresión. Desde instancias religiosas primero, políticas después y sociales, ahora y siempre, la libertad de expresarse, de comunicar ideas, pensamientos, y experiencias, se ha visto con desconfianza y temor y se ha procurado restringir bajo los pretextos más extraños y peregrinos (...)

La importancia de la libertad de expresión es tal que, durante siglos, se ha impedido expresarse a extranjeros, mujeres, esclavos y siervos y, de otro modo, a analfabetos y ágrafos. El control y la dirección de los gobernados era mucho más fácil sin crítica, sin oposición manifiesta y sin la posibilidad de conocer si tal crítica existía. Todos los regímenes políticos de concentración de poder, despóticos, tiránicos, absolutistas, totalitarios, se han distinguido, en particular, por su horror ante la diferencia, la diversidad, la tolerancia o, en terminología actual, el pluralismo. Incluso en las democracias occidentales se sigue observando con recelo cualquier forma de expresión “comunicativa” o “simbólica”, porque no encaja en los moldes usuales o institucionalizados para los que el poder político ya tiene previstos mecanismos de “adaptación”. De ahí que no se les considere como materializaciones de la libertad de expresión, sino como conductas que deben evitarse, reducirse y sancionarse”.

8 ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: *Orígenes doctrinales*, cit.: “La Iglesia va a ser el gran enemigo de la Ilustración. Las ideas de dogma, superstición, privilegio, son los objetivos de la filosofía ilustrada; constituyen los más importantes elementos a derribar en la tarea de la conquista de la libertad y en la autoafirmación del individuo” (p. 293). “Frente a la presión de la religión tradicional y, más matizadamente, frente a las estructuras sociales que impiden su desarrollo pleno e independiente, levanta el individuo ilustrado su voz crítica. La libertad de crítica y la libertad de expresión van a ser los grandes baluartes en manos del proyecto ilustrado para llevar a cabo su labor de reforma. La actividad del individuo se lleva a cabo guiada por el dictamen de la razón. Frente a explicaciones supranaturales o basadas en prejuicios no sometidos a una evaluación racional, la razón se presenta como la gran herramienta intelectual, susceptible de uso por parte de todos los ciudadanos. Esta herramienta solo opera en la comunidad a través de su libre exposición y desarrollo, con lo cual, volvemos a recalcar la importancia que tiene la libertad de expresión en el proyecto ilustrado” (p. 300).

aunque no abandona la base filosófica, sí que es más pragmático, siendo que cada reconocimiento de derechos responde, en realidad, a la pretensión de dar solución a un conflicto previo.<sup>9</sup> No obstante, como indicamos anteriormente, este estudio se va a centrar en el mundo anglosajón, especialmente el norteamericano, pues sus planteamientos son los que luego serán acogidos tanto por la Corte Suprema de EEUU como por el TEDH.<sup>10</sup>

Para respetar la cronología, acudiremos en cada ocasión al país correspondiente, pues el desarrollo de esta libertad se va dando en paralelo, aunque de un modo asincrónico, tanto en Inglaterra como en EEUU.

## II.- INGLATERRA

El primer país en el que hubo manifestaciones claras a favor de esa libertad de expresión fue Inglaterra. Tres son los textos fundamentales en la historia del constitucionalismo inglés: la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos de 1628 y la Declaración de Derechos de 1689. Pues bien, de estos tres textos, solo en la tercera se hace alguna manifestación al respecto de la libertad de expresión, siendo que la recoge exclusivamente referida a los debates habidos en el Parlamento.<sup>11</sup> Así pues, en su artículo noveno se afirma "que la libertad de palabra y los debates y procedimientos en el Parlamento no deben impedirse o indagarse en ningún tribunal o lugar fuera del Parlamento". No es una cuestión menor; habida cuenta que este es el origen de la posterior inviolabilidad parlamentaria, es decir, que los miembros del Parlamento están exentos de total responsabilidad por sus opiniones vertidas en su calidad de representantes, no pudiendo, por tanto, ser procesados por ello. Es lógico si entendemos que las decisiones de las Asambleas vienen precedidas de debates, a veces muy agrios, que deben ser ejercidos en libertad. No es posible, por tanto, procesar a los parlamentarios por las opiniones vertidas, ni por los votos emitidos. Ello resultaría un método coactivo, pues, de ser así, se desnaturalizaría la razón de ser del Parlamento. No obstante, merece ser destacado que ya antes había habido algunos pronunciamientos a favor de la libertad de expresión de los parlamentarios, pero no de un modo tan claro y palmario, como con la Declaración de Derechos de 1689.<sup>12</sup>

9 *Ibidem*, pp. 226-227.

10 En el caso francés, la libertad de expresión fue sometida a múltiples restricciones legislativas.

11 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales*, cit., p. 233.

12 *Ibidem*, pp. 236-238: "Tradicionalmente, la libertad de expresión y debate había sido, junto con la prohibición del arresto por las opiniones vertidas en las Cámaras, uno de los privilegios reclamados por el Parlamento frente a la Corona. La historia de la pugna entre el Parlamento y la Corona es, en buena parte, la de los sucesivos intentos de, principalmente, los Comunes, para tratar y debatir lo que quisieran, sin que el monarca pudiera decretar como reservada ninguna cuestión, y sin que pudieran ser arrestados por las opiniones emitidas. La exigencia de reconocimiento de dicho privilegio es muy anterior al Bill of Rights de 1689 (...) En 1376, el speaker Peter de la Mare fue encarcelado por Eduardo III debido a ciertas opiniones expuestas en el Parlamento, En 1397, Thomas Haxey fue condenado a muerte por presentar al Parlamento un documento en el que se atacaba duramente a Ricardo II. A la muerte de este, en 1399, la Sentencia fue anulada, a petición de la Cámara

La llegada de la imprenta a Inglaterra supuso otro episodio fundamental en la historia de la libertad de expresión, habida cuenta del poderoso instrumento ante el que nos encontramos para la transmisión de las opiniones de los librepensadores por medio de los libros o de la prensa. Tan fue así, que desde el primer momento se impuso la censura previa.

La intervención en Inglaterra sobre las obras escritas lo describe magistralmente MUÑOZ MACHADO: “los autores o impresores tenían que someter sus obras a un control previo que, dependiendo de la materia sobre la que versaba el libro o impreso, correspondía evaluar a diferentes instituciones; si era un libro sobre derecho, se examinaba por magistrados designados para tal fin; si de historia, por la Secretaría de Estado competente; si de religión, física o filosofía o semejantes, por autoridades religiosas o universitarias. La opinión que daban los censores se refería a originales que guardaban en sus oficinas para que, una vez editada la obra, pudiesen comprobar que no se habían producido añadidos o modificaciones. Las obras editadas se inscribían en un registro que llevaba la Compañía de Libreros (Company of Stationers)”.<sup>13</sup>

Podemos concluir por tanto, y sin lugar a dudas, que el siglo XVII se caracteriza por la implantación de diferentes normativas que tenían un objetivo claro: el control de todo lo que se pudiera leer.<sup>14</sup>

---

de los Comunes, como contraria a sus libertades tradicionales. También en 1453, el también speaker Thomas Thorpe fue encarcelado por expresar sus opiniones, contrarias al duque de York, en la Cámara. Sin embargo, es a raíz del caso Strode (1512), cuando hay un primer reconocimiento formal de esta libertad del Parlamento. Como consecuencia del encarcelamiento de Strode, por proponer la adopción de una declaración que reconociera los derechos de los mineros, el Parlamento declaró reglamentariamente la libertad de debate y la nulidad de las acciones, pasadas o futuras, contra los miembros del Parlamento por las ideas contenidas en sus discursos. Posteriormente, en 1629, a raíz de otros encarcelamientos (los de J. Eliot, Holles y Valentine), y, sobre todo, en 1667, se reconoció, por parte del Parlamento que el documento formalizado con ocasión del asunto Strode tenía un valor general y declarativo (esto es, obligaba en todas las circunstancias) de los antiguos y necesarios derechos y privilegios del Parlamento.

Junto al caso Strode, existen otros casos que jalonan la conquista del debate en el Parlamento. El encarcelamiento de Peter Wentworth en la Torre de Londres en 1587 por defender la capacidad del Parlamento para discutir temas relacionados con la reforma religiosa, y los incidentes de 1621, entre Jacobo I y la Cámara de los Comunes, que terminaron con la disolución de esta, no han de ser olvidados. En 1621, el Rey intentó limitar la libertad de debate en el Parlamento (...) Frente al intento real, la Cámara aprobó el 18 de diciembre de 1621 una protesta (...) El Parlamento se resistía a ser privado de su derecho a criticar al gobierno y a hacer oír su voz efectivamente.

Por último, hay que aludir al arresto de un miembro de la Cámara de los lores (lord Kimbolton) y de cinco integrantes de la de los Comunes (Denzil Holles, Arthur Haslerigg, John Pym, John Hampden y William Strode) en 1641 acusados de alta traición y de atentado contra las leyes fundamentales y el gobierno de Inglaterra. Dicha acusación provocó una declaración de los Comunes declarando la violación de sus privilegios y libertades tradicionales, entre las que se incluía también la libertad frente a arrestos como consecuencia de actos parlamentarios”.

MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., p. 79, cita a Tomás Moro, que fue speaker en el Parlamento, como el promotor del primer reconocimiento de esta libertad de expresión parlamentaria, reconocida por Enrique VIII: “La de hablar, la libertad de discurso, se planteó, en primer lugar, como una libertad parlamentaria que debía proteger a los miembros de las cámaras de cualquier responsabilidad por las opiniones vertidas en los debates. Tomás Moro, siendo speaker de la Cámara de los Comunes, planteó en 1521 al Rey Enrique VIII una petición en este sentido, que ha sido considerada el primer documento en el que es reconocida la libertad de discusión”.

13 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., p. 81.

14 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales*, cit.: “Como punto inicial de referencia, podemos fijar el “Decree of Star – Chamber Concerning Printing” emitido por la Cámara Estrellada el 11 de julio de 1637 (...) Dicho órgano,

El primer personaje histórico que tenemos que citar en la lucha contra la censura y a favor de la libertad de expresión fue JOHN MILTON. Este autor, es conocido, por ser un apologeta de la libertad.<sup>15</sup> Sentará las bases doctrinales sobre las que se irá desarrollando el concepto de libertad de expresión, como fundamento de la democracia liberal. Su obra paradigmática fue *Aeropagítica*.<sup>16</sup> Esta publicación,

fácticamente dominado por los obispos, a las órdenes del arzobispo Laud, ejerció una censura muy severa y restrictiva (...) El sistema de represión censora que se prevé en este decreto va dirigido contra los escritos (...) peligrosos para la religión, la Iglesia o el gobierno. Para imponer efectivamente la prohibición de tales obras se establecen penas corporales y de prisión para sus autores y colaboradores de estos, junto a la inscripción obligatoria en el libro de Registro de la Compañía de Libreros ("Company of Stationers")" (pp. 239-240).

"La Ordenanza de 14 de junio de 1643 constituye una actualización del Decreto de 11 de julio de 1637 (...)

Dicha norma tiene dos finalidades principales: por una parte, está pensada para la "regulación de la imprenta y supresión de los grandes y recientes abusos y frecuentes desórdenes derivados de la impresión de numerosos panfletos escandalosos, sediciosos, calumniosos y no autorizados, para gran difamación de la religión y del gobierno; por otra parte, autoriza a los responsables de la compañía de libreros a efectuar "diligentes registros, incautaciones y secuestros de todos los libros que encuentren impresos o reimpresos por alguien ilícitamente. La situación que se denuncia es la de proliferación de escritos impresos atentatorios contra la religión y el gobierno. Por otra parte, muchas personas, cuya actividad debía estar sometida al control de la Compañía de libreros, actuaban libremente y sin su supervisión. Proliferan las imprentas particulares, las publicaciones y ventas no inspeccionadas por la Compañía.

Para intentar atajar este estado de cosas, se establece que todos los libros, panfletos y documentos han de ser aprobados por las personas designadas para ello, y, además, inscritos en el libro de la Compañía, en el que ha de figurar el nombre del impresor. La Compañía monopoliza la impresión de determinados libros, a no ser que se cuente con su licencia y consentimiento. Del mismo modo, se prohíben las importaciones de libros e impresos a Inglaterra. También se autoriza a determinadas autoridades a intervenir y destruir todos los libros y documentos que no dispongan de las licencias correspondientes; se pueden registrar las imprentas, almacenes, librerías, etc., que se consideren sospechosas de albergar obras no permitidas y no registradas, al tiempo que se permite destruir las imprentas y materiales utilizados de impresión. Se prevé la detención de autores, impresores y otros implicados, así como la posibilidad de imponerles determinadas penas.

Así pues, la orden insta a un sistema de censura previa que guarda ciertas semejanzas con el ya analizado decreto de la Cámara Estrellada de 1637. Se establece, en todo caso un control previo de la publicación encaminado a lograr una vigilancia efectiva del tráfico de ideas, tanto desde el punto de vista del soporte material de las mismas, como desde el de su contenido (...)

Pero las cotas más altas de persecución de la libertad de imprenta se alcanzan con la "Licensing Act" de 1662, que constituye una actualización de las anteriores normas sobre la imprenta, con una potenciación y endurecimiento de los mecanismos censores. En la norma se establecía la prohibición genérica de imprimir, publicar e importar libros, documentos y panfletos contrarios a la fe, a la doctrina y disciplina de la Iglesia de Inglaterra y al Gobierno de la Commonwealth. Se configura un sistema de autorización previa (...) como en regulaciones anteriores. Se obliga a depositar copias de las impresiones y reimpressiones, con todas sus variaciones, en los Registros de los órganos censores, de tal modo que se asegure a estos la posibilidad de controlar y perseguir las posibles enmiendas o modificaciones producidas en los escritos a sus espaldas. Lo referido a las importaciones y el tráfico de libros y documentos también está estrictamente regulado hasta el extremo, por ejemplo, de no permitir abrir embalajes en los que se transportan libros, si no es en presencia de personas autorizadas por la "Company of Stationers", y de limitar el número y localización de las librerías. Se establece la necesidad de premisos para instalar imprentas (...) y la prohibición de que los impresores tengan más de dos máquinas cada uno, y más de dos trabajadores o aprendices. Las autoridades pueden registrar aquellos establecimientos en los que se sospeche que se imprime o encuaderna ilegalmente, examinando las otras que allí se encuentren, para comprobar su licencia. Se prevé, también, el encarcelamiento y punición de los acusados (...)

La "Licensing Act", con un período inicial de vigencia de dos años, fue fruto de diversas renovaciones, hasta su derogación definitiva en 1695. A partir de 1695, todos los ingleses ya pueden imprimir o publicar lo que quieran, sin necesidad de un permiso de autoridad alguna, civil o eclesiástica (...) Para intentar controlar todo este rápido desarrollo, se expiden leyes que crean impuestos sobre el timbre (1712) gravando los anuncios y las publicaciones. Son las conocidas "Taxes on knowledge" (tasas sobre el conocimiento o sobre el saber), denominadas así pues gravaban las publicaciones populares, que eran el único medio del que disponían amplias capas de población para acceder a la cultura, y la formación de un opinión libre". (pp. 244-246).

15 *Ibidem.*, p. 247: "Destaca como una de las principales figuras del pensamiento radical inglés del siglo XVII (...) Su extensa obra, tanto en cantidad, como en variedad de temas tratados, es la de un espíritu libre y reformador, estrechamente conectado e influido por las circunstancias concretas de su época".

16 De las diferentes obras que tratan sobre la obra de JOHN MILTON, merece ser destacada la de CARRILLO, M: *Aeropagítica*, cit. Así pues, nos encontramos ante la reproducción del escrito del MILTON (tanto en inglés, como su traducción al castellano), que además, incluye un estudio preliminar llevado a cabo por el profesor CARRILLO, en el que desgana pormenorizadamente la obra del anglosajón.

aparecida en 1644, sin licencia de impresión y sin haber sido previamente registrada, supone el alegato más contundente contra la censura de la época.

La idea principal en la obra de MILTON es que el libre intercambio de ideas y opiniones es un requisito ineludible para el progreso del conocimiento y para la búsqueda de la verdad. Ello requiere que dichas ideas puedan fluir libremente, sin ningún tipo de cortapisas. Así, el ser humano, en tanto que sujeto racional y consciente, es autosuficiente para seleccionar las ideas que le suministra su entorno. De esta manera, se realiza como ser racional y consciente, ejerciendo su autonomía. Imponer restricciones a dicho libre mercado de las ideas supone convertir al individuo en un menor de edad o en un incapaz. Además, de esa contrastación libre de opiniones con sus semejantes surge la verdad, la cual nunca puede ser el resultado de lo que decidan quienes ocupan el Poder.<sup>17</sup> Como recoge MUÑOZ MACHADO, en referencia a la obra de MILTON, “La verdad no puede ser impuesta ni ser objeto de censura (...) La búsqueda de la verdad no debe limitarse de ninguna manera”.<sup>18</sup>

De lo antedicho, podemos concluir que la obra de MILTON no solo es una defensa de la libertad de expresión (a través de la libertad de imprenta), sino también, como reconoce el profesor CARRILLO, una defensa de “la libertad de conciencia y de la libertad intelectual en general”.<sup>19</sup>

Podemos finalizar el análisis de la obra de MILTON, trayendo a colación las conclusiones efectuadas por el profesor CARRILLO: “En el discurso de MILTON destaca lo siguiente: La libertad para conocer y expresar lo conocido es una libertad preeminente. La verdad reclama su difusión y, por ello, ha de fluir sin cortapisas en el debate, a fin de no encorsetarse en la versión que marque la tradición. En el ejercicio de dicha libertad, lo verdadero y lo falso, lo bueno y lo malo, son, a priori, conceptos que aparecen como inescindibles. Y ambos se han de conocer, sin cortapisas.

La libertad de pensamiento y la difusión de opiniones, sin criterios restrictivos o control previo en razón a su contenido, ayudan a alcanzar la verdad. Por ello, la imposición de límites al libre tráfico de las ideas convierte al individuo en un menor de edad en la medida en que se le niega la capacidad racional para decidir.

Si el Gobierno y la Iglesia, como expresión del poder que representan, interfieren en el libre tráfico de las ideas que conduce a la construcción de la verdad, estarán introduciendo un elemento que vicia y deforma el proceso”.<sup>20</sup>

17 ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: *Orígenes doctrinales*, cit., pp. 263-264.

18 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., p. 84.

19 CARRILLO, M.: *Aeropagítica*, cit., p. XLV.

20 *Ibidem*, p. LXIII y LXIV.

MILTON se trasciende a sí mismo, y “aparece como un primer referente tangible de la teoría liberal de la libertad de expresión en el mundo anglosajón. Una teoría que sería desarrollada después con las aportaciones, entre otros, de THOMAS JEFFERON, y, sobre todo de JOHN STUART MILL. Y ya en el siglo XX pueden encontrarse algunos émulos de su pensamiento, entre los que podrían incluirse las aportaciones en la sede jurisdiccional del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, del Juez OLIVER WENDELL HOLMES en sus célebres votos particulares. Especialmente sobre el mercado de las ideas, como test interpretativo para enjuiciar la verdad”.<sup>21</sup>

Junto a MILTON, también JOHN LOCKE se manifestó contra el posible el control previo de las publicaciones pero, a diferencia de aquel, este lo hizo basándose en razones más pragmáticas. Así pues, más que centrarse en los derechos a la libertad de conciencia y de expresión como fundamento de su argumentación, intenta hacer comprender lo inconveniente e inútil que resulta seguir manteniendo este régimen. Para ello, señala que si lo que se persigue, mediante el control previo, es el riesgo de peligrosidad que supone la extensión de ideas contrarias al dogmatismo, ello conllevaría que debamos controlar cualquier actuación que lleva a cabo el ser humano, pues todas ellas pueden ser potencialmente peligrosas. Además, y esta es una razón más pragmática, la imprenta, en aquella época, era una industria floreciente. La censura, lo único que conlleva es la disminución del mercado nacional, y, por tanto, el favorecimiento de los mercados extranjeros, en aquellos países, como Holanda, en los que sí que se permite el libre comercio de libros.<sup>22</sup> Tal pragmatismo fue determinante en la derogación de la censura previa.

No obstante, esta derogación no supuso la asunción de una libertad de expresión (a través de la imprenta) sin límites. De hecho, se aplicará el common law que regula los libelos, para corregir los excesos de la prensa. Conforme a dicha normativa, el libelo contra el Gobierno (o sus oficiales), se comete con independencia de que lo dicho sea verdad o no. En el caso de las personas privadas, la verdad determinará que no quepa sanción alguna. Por tanto, la “exceptio veritatis” sí que podrá ser alegada en caso de que el libelo afecte a una persona privada, pero no si afecta al Gobierno. En consecuencia, ya no cabrá hablar de controles previos, pero sí de asunción de responsabilidades en caso de libelos, con las especificidades que acabamos de indicar. Esta será la concepción que llegue a las colonias de América del Norte.<sup>23</sup>

Precisamente, contra la consideración de libelo respecto de aquello que, afectando al Gobierno, se demuestre ser verdad, se manifestaron las famosas cartas de Catón.<sup>24</sup> Por medio de ellas, publicadas en diversos periódicos londinenses, JOHAN

---

21 *Ibidem*, p. LXV.

22 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales*, cit., p. 282-284.

23 MUÑOZ MACHADO, S: *Los itinerarios de la libertad de la palabra*, cit., pp. 98-100.

24 *Ibidem*, p. 92-93: “En el plano más pragmático de la lucha política, la libertad de impresión recibió un extraordinario impulso, a principios del siglo XVII, tanto en Inglaterra como en las colonias americanas, gracias

TRENCHARD y THOMAS GORDON reflexionaban sobre el gobierno y los derechos de los ingleses. Sus escritos, favorables a la libertad de expresión,<sup>25</sup> tuvieron una gran repercusión, tanto en Inglaterra como en las colonias americanas. Quizá la más importante, respecto a la libertad de expresión fue la que se tituló "Reflecting upon libelling" (Reflexionando sobre la difamación). Así pues, en la misma se indica que no existe razón alguna que nos impide revelar la verdad sobre los asuntos públicos: "La denuncia de la verdad es un deber de cualquiera que la conozca. No solo no puede sostenerse que sea libelo un escrito de contenido verdadero sino que, al contrario, su represión por las autoridades puede considerarse un libelo contra el pueblo. El pueblo desea conocer la verdad, y publicarla, y juzgar si las actuaciones de los gobernantes son buenas o malas. Reprimir la publicación de la verdad es actuar contra el pueblo".<sup>26</sup>

Esta concepción, que obligaría a reconsiderar la configuración de los libelos frente al poder, cuando aquello que se está denunciando sea verdad, tendrá una gran acogida en los intelectuales norteamericanos, especialmente, en JEFFERSON, uno de los padres fundadores de la nación norteamericana.

### III.- ESTADOS UNIDOS

Dos episodios históricos marcarán la evolución de Occidente, a finales del siglo XVIII: La revolución independentista estadounidense y la revolución francesa,<sup>27</sup> con su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,<sup>28</sup> como texto paradigmático. Ambos episodios suponen el inicio del fin de las caducas estructuras

---

a los escritos de Johan Trenchard y Thomas Gordon. El primero era un acomodado gentleman bien conocido en la sociedad londinense. De Gordon, en cambio, apenas se sabía nada hasta que se unió a Trenchard para formar juntos una pareja de editores y periodistas que llegó a disfrutar de grandísima influencia. Colaboraron primero en su periódico *The Independent Whig*, que defendía el libre ejercicio de la religión. Pero su fama les vino de la publicación de una larga serie de ensayos (ciento treinta y ocho en total) en los periódicos londinenses, bajo el lema "Cato's Letters". Estas "Cartas de Catón" fueron apareciendo entre 1720 y 1723, y fueron editadas también en cuatro volúmenes que conocieron hasta seis ediciones entre 1723 y 1726. Su temática era muy variada, aunque siempre alrededor del gobierno constitucional y los derechos de los ingleses. Las Cartas de Catón y los escritos de Locke fueron las primeras fuentes de ideas políticas y textos más influyentes en las colonias norteamericanas"

25 *Ibidem*, p. 93: "Una de aquellas cartas, titulada "Of freedom of speech", se refería a la libertad de pensamiento y expresión considerándola un derecho tan fuerte e imprescindible como la seguridad y la propiedad, que eran los derechos fundantes de cualquier sociedad organizada (...) Incluían el derecho, o el riesgo de libelo, como inherente a aquella libertad, lo cual no implicaba que aceptasen que la libertad de expresión pudiera usarse para calumniar al Gobierno".

26 *Ibidem*, p. 94.

27 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales*, cit., p. 341: "Con los procesos revolucionarios americano y francés asistimos a lo que se ha considerado como la efectiva instauración de un *novus ordo saeculorum*, un nuevo orden político que se desarrolla a partir de la remoción de las caducas estructuras políticas propias del Antiguo Régimen. Los centros de referencia de dicha conmoción van a estar situados en las colonias inglesas de América del Norte y en Francia, respectivamente".

28 En la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea revolucionaria el 26 de agosto de 1789, se recogía expresamente, en sus artículos 10 y 11, la libertad de expresión, como uno de los derechos reconocidos. Así, el artículo 10 señala que "Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, con tal de que su manifestación no altere el orden establecido por la ley". Y el artículo 11 indica que "la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos

políticas del Antiguo Régimen. De hecho, a este fenómeno revolucionario liberal acaecido a ambos lados del Atlántico, se le conocerá como “revolución atlántica”.<sup>29</sup>

Tan solo nos vamos a centrar en la primera, pues, como podremos comprobar, la trascendencia que ha tenido el pensamiento estadounidense en el desarrollo de la libertad de expresión, no tiene parangón. De hecho, serán las vanguardistas ideas sobre la libertad de expresión de los norteamericanos la que tendrán luego pleno acogimiento por el TEDH. Además, cabe señalar que la libertad de expresión, aun cuando recogida en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, siempre se verá sometida a las limitaciones impuestas por el legislativo, quedando, por tanto, su contenido al albur de lo que dictase en cada momento el poder político. Las restricciones fueron múltiples y la libertad de prensa en Francia sufrió enormes vaivenes.<sup>30</sup>

Ya centrándonos en EEUU, con carácter previo al estallido revolucionario e independentista, debemos recordar que las colonias británicas se regían por el common law inglés. Esto significa que, por lo que a nosotros importa, regía el régimen de libelos, al cual ya hemos hecho referencia.

JEFFERSON,<sup>31</sup> desde el primer momento, consideró que este régimen de libelos, referido al poder público, debía modificarse. No en balde, fue el máximo defensor de las libertades de pensamiento y expresión, y muy singularmente de la de prensa. Los periódicos eran, para JEFFERSON, el mejor instrumento de la libertad de expresión. La opinión del pueblo es capital para mantener bajo vigilancia a los Gobiernos, orientarlos o censurarlos, y dicha opinión no puede formarse si no existe libertad

---

más preciosos del hombre; todo ciudadano puede pues, hablar, escribir e imprimir sin perjuicio de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por ley”.

Como recoge MUÑOZ MACHADO: *Los itinerarios de la libertad de palabra*, cit., pp. 115 y 116, entre el texto francés y la Primera Enmienda estadounidense, que veremos a continuación, hay una diferencia no menor: “en la Declaración francesa las libertades de palabra e impresión, como las demás que se especificaban en los artículos 10 y 11, pueden ser limitadas por las leyes para salvaguardar otros intereses; las libertades de la Primera Enmienda son, en cambio, ilegibles (...) Esta diferencia tuvo importantes consecuencias para la historia de la libertad de palabra en Francia porque, desde el inicio de la Revolución y durante todo el siglo XIX, se legisló sin parar sobre la imprenta. La cultura política y jurídica francesa, en relación con la publicación de libros e impresos, había sido distinta desde siglos atrás a la inglesa (que, como hemos visto, fue imitada en América). La intervención política y administrativa en la impresión y difusión de escritos duró relativamente poco tiempo en el mundo anglosajón (...) En Francia, por el contrario, la intervención administrativa previa para supervisar el contenido de los libros, folletos, periódicos y hojas impresas de cualquier clase formó parte de su tradición desde que se introdujo la imprenta. Ciertamente la Declaración de 1789 estableció las bases para aliviar la opresión y fundar un régimen más favorable a la libertad de palabra, pero no forzó a la desaparición de la censura previa para siempre, ni menos, desde luego, los procesamientos y sanciones administrativas por los abusos en el ejercicio de aquella libertad”.

29 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales*, cit., p. 341.

30 Respecto del reconocimiento de la libertad de prensa en la Francia revolucionaria, resulta imprescindible la lectura de MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., pp. 115-135.

31 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., p. 105. THOMAS JEFFERSON era “el miembro de la generación revolucionaria mejor informado, por sus hábitos de erudito y sus estancias en Europa, del desarrollo del pensamiento ilustrado, del que él mismo fue el mejor exponente en la América británica”.

de prensa. Gracias a ella, el pueblo se ilustra, y se dota de la información precisa para corregir las desviaciones y errores de los gobernantes.

Para que esta relación entre el pueblo, la prensa y los gobernantes pueda producir los efectos deseados es necesario que se desenvuelva en un ámbito de libertad. El libre intercambio de ideas es imprescindible para adquirir la formación suficiente y conocer la etiología de los problemas. También para poder alcanzar la verdad.

JEFFERSON se mostró muy flexible al tratar de los límites de la libertad de prensa (...). No dejó de ser consciente de que, ya en su tiempo, muchas quejas contra los abusos de la prensa eran completamente ciertas, como también lo era la corrupción existente en su entorno. Pero creyó que estos riesgos eran asumibles. En los casos de abuso, por ejemplo, mediante la difusión de falsedades, sostuvo que el debate y la libre circulación de las ideas terminaban reponiendo la verdad en su sitio. De ningún modo aceptó la imposición de censuras o restricciones previas<sup>32</sup>.

Por tanto, para JEFFERSON la libertad de prensa es fundamental, primero porque ilustra al pueblo, lo cual es útil para tener una opinión pública formada, y, en segundo lugar porque sirve de control a la actuación del gobierno,<sup>33</sup> lo cual siempre va a favorecer el mejor funcionamiento del mismo.<sup>34</sup> JEFFERSON parte de la concepción miltoniana de que a la verdad solo puede accederse a través del libre fluir de las ideas, y es, precisamente, esa libertad de prensa la que mejor puede garantizarlo.<sup>35</sup> Para conseguir ese fin, no solo se muestra en contra de las limitaciones a la libertad de información y expresión, sino que se muestra a favor de que el propio Gobierno facilite al pueblo los más amplios canales informativos. Para él, el mantenimiento de los secretos oficiales es inconcebible, ya que la transparencia del Poder es un requisito inexcusable del sistema democrático.<sup>36</sup>

De los distintos textos jurídicos de la época, solo algunos de ellos hacen referencia a la libertad de expresión. Así pues, el primero y, quizá, por su trascendencia mundial, el más importante, fue la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776. En su artículo XII, podemos leer que “la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás a no ser por gobiernos despóticos”.<sup>37</sup> De ello se deduce la gran importancia que se le concedía a dicha libertad, pudiendo la misma servir como elemento para evaluar el

---

32 *Ibidem*, pp. 105-107.

33 ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: *Orígenes doctrinales*, cit., pp. 366-367.

34 *Ibidem*, pp. 369-370.

35 *Ibidem*, p. 367.

36 *Ibidem*, p. 370.

37 Conforme indicábamos previamente, pocos años después se aprobó, consecuencia de la Revolución Francesa, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

carácter democrático o despótico de un gobierno. Otras colonias fueron adoptando textos constituyentes y declaraciones de derechos que recogían este derecho.

Sin embargo, ni en el contenido de la Declaración de Independencia, fechada en 4 de julio de 1776, ni en el de la Constitución posterior, aprobada en 1787, podemos observar una declaración de derechos en la que se incluyese la libertad de expresión.<sup>38</sup>

Ello dio lugar a que, con carácter posterior, el 15 de diciembre de 1791, se aprobara la Declaración de Derechos (Bill of Rights), consistente en 10 Enmiendas,<sup>39</sup> en las cuales se recogía un listado de derechos, entre los que se incluía la libertad de expresión. Así pues, en la Primera Enmienda, se indica que “El Congreso no hará ley alguna por la que se establezca una religión, o se prohíba ejercerla, o se limite la libertad de palabra, o la de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al Gobierno la reparación de sus agravios”.

A pesar de la contundencia de la Primera Enmienda, debemos reconocer que la misma no tuvo una efectividad plena hasta el siglo XX, y ello, fundamentalmente, porque el common law, que regía los libelos, iba a continuar siendo aplicado por los distintos Estados de la Federación, al considerar estos que la Primera Enmienda no les vinculaba a ellos, sino solo a las instituciones federales.<sup>40</sup>

Podemos afirmar que durante el siglo XIX realmente no se produjo un verdadero avance ni legal ni jurisprudencial, de la libertad de expresión en EEUU.<sup>41</sup> Sin embargo, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, se producirá un desarrollo jurisprudencial, por parte del Tribunal Supremo de los EEUU, en favor de la interpretación expansiva de la Primera Enmienda, basándose precisamente en todos estos autores a los que hemos hecho mención. Dicha interpretación será posteriormente asumida por el TEDH.

#### IV.- DE NUEVO INGLATERRA

El último autor al que tenemos que hacer referencia, por su enorme importancia en la defensa de la libertad de expresión es JOHN STUART MILL, el cual (respecto de esta cuestión) es tributario del pensamiento liberal, cuya génesis la encontramos precisamente en MILTON.<sup>42</sup> Así pues, hemos querido respetar el eje cronológico de

38 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., pp. 110-111.

39 Con carácter posterior, se ha ido ampliando el número de enmiendas, llegando hasta un total de diecisiete.

40 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., pp. 112-113.

41 A lo largo del siglo XIX, el Tribunal Supremo norteamericano conoció solo de doce asuntos relacionados con la Primera Enmienda.

42 CARRILLO, M.: *Aeropagógica*, cit., p. LXVII.

los acontecimientos, y por ello tenemos que volver, de nuevo a la Inglaterra, en este caso, del siglo XIX.

JOHN STUART MILL, en su obra más conocida, "On Liberty" (Sobre la libertad),<sup>43</sup> trata esta cuestión en el capítulo denominado "De la libertad del pensamiento y discusión". Parte este autor de una idea básica y es la de la falibilidad de las ideas, es decir, que no existen las verdades absolutas, lo que hoy tenemos por cierto mañana puede dejar de serlo, y a la inversa. Ello conlleva que no puede reducirse al silencio ninguna opinión ni idea, por más desacertada que nos pueda parecer en un momento dado, puesto que en el futuro quizá se convierta en verdad, y nuestras certezas devengan en incertezas, amén de que casi ninguna manifestación suele ser absolutamente verdadera o falsa.<sup>44</sup> Además, al limitar el derecho de exposición pública de las opiniones de cada cual, estaríamos negando el derecho de los demás a conocer la misma, y poderla contrastar con sus propias ideas.<sup>45</sup>

Como vemos, para MILL, al igual que para MILTON y para JEFFERSON, solo en un régimen que se garantice el libre flujo y contraste de las ideas, el ser humano podrá aspirar a conocer la verdad. Como señala SÁNCHEZ GONZÁLEZ, refiriéndose precisamente de manera muy castiza a la doctrina de MILL, "de la discusión sale la luz".<sup>46</sup>

## V.- DE NUEVO ESTADOS UNIDOS

Y ya, por último, y situándonos en el siglo XX, debemos volver a los Estados Unidos. El Tribunal Supremo norteamericano, primero por medio de votos particulares de algunos de sus Magistrados, y luego ya por el apoyo mayoritario de sus miembros, llevará a cabo la interpretación más expansiva de la libertad de expresión conocida hasta la época. De hecho, podemos decir, sin riesgo a equívoco, que la Corte Suprema norteamericana sienta las bases de la concepción actual

43 MILL, J. S.: *Sobre la libertad*. Madrid (2013): Alianza Editorial.

44 *Ibidem*, p. 144: "Primero, una opinión, aunque reducida al silencio, puede ser verdadera. Negar esto es aceptar nuestra propia infalibilidad.

En segundo lugar, aunque la opinión reducida a silencio sea un error, puede contener, y con frecuencia contiene, una porción de verdad; y como la opinión general o prevaleciente sobre cualquier otro asunto rara vez o nunca es toda la verdad, solo por la colisión de opiniones adversas, tiene alguna probabilidad de ser reconocida la verdad entera".

45 *Ibidem*, p. 91: "Si toda la Humanidad, menos una persona, fuera de una misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la Humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería si teniendo poder bastante impidiera que hablara la Humanidad. Si fuera la opinión una posesión personal que solo tuviera valor para su dueño; si el impedir su disfrute fuera simplemente un perjuicio particular, habría alguna diferencia entre que el perjuicio se infligiera a pocas o a muchas personas. Pero la peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posterioridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esta opinión más todavía que a aquellos que participan en ella. Si la opinión es verdadera, se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si es errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error".

46 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *La libertad*, cit., p. 24.

de la libertad de expresión sobre las cuales se ha ido desarrollando también la jurisprudencia del TEDH.

El Magistrado que primero se manifestó a favor de la interpretación miltoniana (recogida y ampliada por MILL)<sup>47</sup> del libre fluir de las ideas fue el juez OLIVER WENDELL HOLMES. Este Magistrado formuló distintos votos particulares (algunos de ellos firmados también por el Sr. BRANDEIS) por los que es reconocido como “uno de los indiscutiblemente más grandes de la historia jurídica norteamericana”.<sup>48</sup> De hecho, su gran aportación jurisprudencial al tema que nos ocupa fue el concepto del “libre mercado de las ideas”,<sup>49</sup> conforme el cual, la mejor manera de alcanzar la verdad es a través de la libre contraposición de ideas, en un mercado en el que todas puedan concurrir libremente. Esta máxima fue luego ampliamente utilizada por los Magistrados que le sucedieron.<sup>50</sup>

También resulta imprescindible traer a colación el voto particular del juez BRANDEIS, al caso *Withney v. California*, en el cual, conforme indica SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “con una brillantez solo comparable a su brevedad, BRANDEIS expone varias razones en apoyo a la práctica de la libertad de expresión: el desarrollo y la felicidad del individuo, el hecho de constituir un medio para descubrir la verdad política, su naturaleza de instrumento de la democracia y su condición de factor de estabilidad político-social”.<sup>51</sup>

47 CARRILLO, M.: *Aeropagítica*, cit., p. LXXIII.

48 ARJONA SEBASTIÁ, C.: “Los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes”, *Iustel*, Madrid, 2006, p. 12. *Ibidem*, pág. 38: “Los votos de Holmes (...) no solo anunciaron el futuro de la teoría jurídica norteamericana, sino que influyeron decisivamente en el rumbo del Derecho entero de aquel país”.

49 Voto particular del Sr. Holmes al que se adhirió el Sr. Brandeis, a la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano que resuelve el caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919): “El Congreso no puede prohibir cualquier intento de cambiar la mentalidad de la nación (...)

Cuando el hombre se ha percatado de que el tiempo ha alterado muchas creencias enfrentadas (...); de que el ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre mercado de las ideas; de que la mejor prueba de la verdad es la capacidad del pensamiento para hacerse aceptar en un mercado en el que entre en competencia con ideas contrarias; y de que la verdad es el único fundamento sobre el que sus aspiraciones se pueden alcanzar de forma segura. Esta es, en todo caso, la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, toda nuestra vida es un experimento. Todos los años, todos los días, para conseguir nuestra salvación, tenemos que apostar por profecías y creencias que se basan en un conocimiento imperfecto. Mientras este experimento sea una parte de nuestro sistema de vida, creo que tendremos que estar siempre vigilantes contra quienes pretendan controlar las manifestaciones de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte –salvo que supongan una amenaza tan directa para los legítimos objetivos del Derecho que sea necesario controlarlas inmediatamente para así, salvar la nación.

Estoy en total desacuerdo con el argumento del Gobierno según el cual, la Primera Enmienda dejó vigente el libelo relativo a la sedición, previsto en el common law. Me parece que la Historia desmiente esta idea. Creo que los Estados Unidos, al devolver las multas impuestas en aplicación de la Ley de Sedición de 1798, han mostrado su arrepentimiento por esta ley. Únicamente una situación de emergencia que hace inmediatamente peligroso dejar que sea el tiempo el que haga rectificar los malos consejos, justificaría las excepciones al mandato imperativo conforme al cual “el Congreso no aprobará leyes que limiten la libertad de expresión”. Por supuesto, me refiero solo a la manifestación pública de opiniones y exhortaciones, que son las que eran objeto de este caso, pero lamento no poder expresar con mayor contundencia mi convicción de que los recurrentes, al ser condenados, se han visto privados de los derechos que les otorga la Constitución de los Estados Unidos”. La Sentencia completa original, con el voto particular, está disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=250&invol=616>

50 ARJONA SEBASTIÁ, C.: *Los votos*, cit., p. 38.

51 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *La libertad*, cit., p. 24.

El voto particular del Magistrado BRANDEIS reza como sigue: “Los que conquistaron nuestra independencia creían que la meta final del Estado era hacer hombre libres para desarrollar sus facultades, y que las fuerzas de la deliberación prevalecerían sobre la arbitrariedad en su gobierno. Valoraron la libertad como fin y como medio. Creyeron que la libertad era el secreto de la felicidad (...) Creyeron que la libertad de pensar como se quiera y de hablar como se piense son medios indispensables para descubrir y difundir la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión la discusión sería vana; que con ellas, la discusión proporciona normalmente protección adecuada frente a la diseminación de ideas nocivas; que la mayor amenaza para la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es un deber político; y que este debería ser un principio fundamental del gobierno americano. Los que conquistaron nuestra independencia reconocieron los riesgos a que están sometidas todas las instituciones humanas. Pero sabían que no es posible asegurar el orden por el mero temor al castigo de su infracción; que es arriesgado desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo alimenta la represión; que la represión alimenta el odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el camino hacia la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente las pretendidas afrentas y los remedios que se propongan; y que el tratamiento adecuado para los malos consejos es (dar o recibir) buenos consejos. Su confianza en el poder de la razón en la discusión pública les llevó a eludir el silencio impuesto por la ley —el argumento de la fuerza en su peor forma—. Reconociendo las tiranías ocasionales de las mayorías en el gobierno, reformaron la Constitución a fin de garantizar las libertades de expresión y de reunión”.<sup>52</sup> Como vemos, este voto particular resume perfectamente toda la doctrina en defensa de la libertad de expresión a la que hemos hecho referencia en las páginas anteriores.

En resumen, como indica MUÑOZ MACHADO, “HOLMES y BRANDEIS, con sus votos particulares, consiguieron que, poco a poco, fuera madurando una nueva concepción de la libertad de palabra según la cual, fuera de los supuestos de peligro inminente para la seguridad pública, las regulaciones restrictivas debían considerarse siempre contrarias a la Primera Enmienda”.<sup>53</sup>

Estos votos particulares fueron el germen de una jurisprudencia posterior; en la que se amplía, sin parangón, la concepción de la libertad de expresión, especialmente aquella en la que es ponente el juez BRENNAN. De las diferentes sentencias dictadas por la Corte Suprema Norteamericana, dictadas en la segunda mitad del siglo XX, cabe destacar como *leading case* la que resuelve el caso *New York Times vs. Sullivan*,<sup>54</sup> mediante la cual se establece la doctrina la “actual malice”. El Ilustre Magistrado BRENNAN parte de una idea básica: en democracia, es absolutamente imprescindible

52 Este voto particular viene traducido por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *La libertad*, cit., p. 25. El original lo podemos encontrar en la Sentencia que resuelve el caso *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=274&invol=357>

53 MUÑOZ MACHADO, S: *Los itinerarios*, cit., pp. 166-167.

54 Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano, por la que se resuelve el caso *New York Times Co. V. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=376&invol=254>

que haya una libre circulación de ideas, pudiendo ser las mismas expresadas, en ocasiones, de manera exagerada. Cuando, además, se refiere a asuntos públicos, este debate libre debe ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto, y puede incluir vehementes, cáusticos y, a veces, desagradables y afilados ataques contra el Gobierno o los servidores públicos.<sup>55</sup> Ello supone asumir como inevitable que, en ocasiones, consecuencia de ese debate libre, nos encontremos ante la formulación de enunciados erróneos.

Basándose en lo anterior, el ponente fija la doctrina de la malicia real (“actual malice”) como requisito necesario para que se pueda condenar por difamación, es decir, que se debe probar que la noticia se publicó con conocimiento de su falsedad (“with knowledge of its falsity”) o con temerario desprecio hacia su falsedad o certeza (“or with reckless disregard of whether it was false or not”). Por tanto, lo relevante no será si la noticia es falsa o no, sino la actitud del periodista hacia la verdad. Esta doctrina será acogida por la jurisprudencia del TEDH y por la española, siendo aquí conocida con el nombre de “veracidad”, conforme la cual, y como señala MUÑOZ MACHADO, “basta que el informador pruebe que ha tenido toda la diligencia necesaria al investigar, usando las fuentes adecuadas y verificando hasta el límite de lo razonable”.<sup>56</sup>

Otras sentencias de la Corte Suprema norteamericana también resultarán fundamentales por su trascendencia y recepción por parte del TEDH, por ejemplo, respecto del “lenguaje simbólico”,<sup>57</sup> pero ello daría lugar a otro estudio, entendiendo ya cumplido el objetivo último del presente artículo, cual era explorar los orígenes de esta libertad y cómo los mismos explican la actual configuración jurisprudencial y doctrinal de la libertad de expresión como garantía institucional de la democracia.

En resumen, todas aquellas ideas y planteamientos que mantuvieron los diferentes autores durante más de tres siglos en favor de la libertad de expresión, fueron luego utilizados por los Magistrados del Tribunal Supremo norteamericano como fundamento de sus sentencias. Y esa concepción favorable a dicha libertad, no solo como derecho subjetivo, sino como sostén de la democracia, fue posteriormente acogida por el TEDH.<sup>58</sup>

---

55 Esta afirmación, expresada con otras palabras, la encontramos recogida, entre muchas otras, en la STEDH 7 diciembre 1976, caso *Handyside* contra Reino Unido (TEDH 197616), apartado 49: “El artículo 10 es válido no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una “sociedad democrática”. Ello demuestra, una vez más, la influencia que, para los Magistrados del TEDH, ha tenido la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema norteamericana.

56 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., p. 182.

57 Cabe destacar que es la doctrina sobre el lenguaje o discurso simbólico no han tenido el acogimiento esperable por parte de la jurisprudencia española, pero ello ya sería objeto de otro estudio.

58 La jurisprudencia del TEDH, reconociendo esta doble naturaleza de la libertad de expresión, ha sido constante. Merece citarse, entre otras muchas, la STEDH 8 julio 1986, caso *Lingens* contra Austria (TEDH 198618), apartado 41: “A este respecto, el Tribunal recuerda que la libertad de expresión, consagrada por el ap. 1 del artículo 10, es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual”.

NOTAS SOBRE LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN DEL LAUDO  
ARBITRAL EN BOLIVIA

*REMARKS ABOUT THE OPPOSITION TO ENFORCE ARBITRAL AWARDS  
IN BOLIVIA*

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 254-261*



Alex  
PARADA  
MENDÍA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 25 de febrero de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** Estas notas tratan sobre los problemas interpretativos que pueden surgir entre el nuevo Código Procesal Civil y la recientemente aprobada Ley de Conciliación y Arbitraje, a la hora de aplicar las causales de oposición al laudo arbitral.

**PALABRAS CLAVE:** Arbitraje, laudo arbitral, oposición a la ejecución.

**ABSTRACT:** These remarks are about the interpretative problems that arise between the new Civil Procedure Code and the recently approved Mediation and Arbitration Act, when applying grounds for opposition to enforcement to the arbitration award.

**KEY WORDS:** Arbitration, Arbitration Award, opposition to enforcement, new Bolivian Mediation and Arbitration Act.

**SUMARIO.-** Introducción. I. Naturaleza y sentido del proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero del CPC. II. El proceso ordinario posterior procede únicamente respecto de los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales. III. El régimen de excepciones del art. 409 CPC contradice el art. 119 LCA.

---

## INTRODUCCIÓN.

El 19 de noviembre de 2013 el legislador boliviano promulgó un nuevo Código Procesal Civil (CPC, en adelante), que entrará en vigencia plena el 6 de febrero de 2016. Además, recientemente Bolivia también cuenta con una nueva Ley de Conciliación y Arbitraje (LCA, en adelante), Ley N° 708 del 25 de junio de 2015, vigente desde la fecha de su promulgación.

La Disposición Final Primera de la LCA establece una aplicación supletoria del CPC respecto de los aspectos no previstos en la indicada Ley. Pero también hace una remisión expresa al CPC en lo que a ejecución del laudo se refiere. Lo que significa que, como lo establecen otras legislaciones, la *cognitio* se realiza en sede arbitral y la *executio* en sede judicial. Esto podrá generar algunos inconvenientes interpretativos que ponemos en evidencia en las siguientes líneas.

El derecho a la ejecución del laudo forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. De nada serviría al actor obtener un laudo arbitral favorable si luego no puede ejecutar lo contenido en el título. En este sentido, el laudo arbitral es título ejecutivo equiparable a una sentencia dictada por los tribunales jurisdiccionales civiles<sup>1</sup>. Pero la técnica legislativa de la LCA y el nuevo CPC ponen en duda esta premisa: (1) porque el art. 404.6 CPC ubica al laudo arbitral como título ejecutivo en sede distinta de la ejecución de sentencias (arts. 397 a 403 CPC) y, (2) porque la propia LCA no declara, como lo hace respecto del Acta de Conciliación (art. 34 LCA) que su ejecución será conforme el procedimiento de ejecución de sentencia, sino conforme el proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero (art. 119.V LCA). Esto tiene importante repercusión práctica en relación al régimen de excepciones y la posibilidad de interponer un proceso ordinario posterior. Veámoslo.

---

1 Cfr. RODRIGUEZ WAMBEIR, L. y TALAMI, E.: *Curso Avanzado de Proceso Civil -Vol. 2 – Execução*, 15° Ed.: San Pablo (2015): Revista dos Tribunais, p. 83.

### • Alex Parada Mendía

Alex Parada Mendía: Árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje CAINCO (Santa Cruz de la Sierra, Bolivia) y profesor de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia). Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Correo electrónico: alex@paradaabogados.com.

El proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero previsto en los arts. 404 a 428 CPC procede cuando el ejecutante presenta alguno de los títulos ejecutivos indicados en el catálogo del art. 404 CPC, faculta la interposición de unas específicas excepciones (art. 409 CPC) y permite a la parte coactivada perdidosa interponer un proceso ordinario posterior para discutir la validez del título ejecutivo que sustentó la ejecución (art. 410 CPC). De interpretar literalmente las normas citadas, deberíamos concluir que la única oposición posible en la ejecución del laudo se deberá sustentar en el art. 409 CPC y no propiamente en el art. 119.II LCA; debiéramos concluir también que el ejecutado podrá cuestionar el laudo arbitral en un proceso ordinario posterior; lo que, de entrada agrede el sentido común. Pero en realidad todo se explica cuando hacemos una interpretación sistemática de las normas citadas:

## **I. NATURALEZA Y SENTIDO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN COACTIVA DE SUMAS DE DINERO DEL CPC.**

El proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero del CPC es un proceso híbrido. Es decir, es un procedimiento especial más corto que el ejecutivo de los arts. 378 y ss. CPC por el que se ejecutan los títulos ejecutivos sobre créditos prendarios o hipotecarios inscritos en los que el deudor hace renuncia expresa respecto de los trámites del ejecutivo. Pero este proceso, a la vez, es el trámite ordinario de sustanciación de la ejecución de una obligación dineraria cuando el título ejecutivo es (1) una sentencia, (2) algún otro título ejecutivo de naturaleza jurisdiccional o asimilable (entre los que se encuentra el laudo arbitral) y (3) cualquiera de los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales del art. 378 CPC. Por esta razón, las normas del proceso ejecutivo (arts. 378 y ss. CPC) y las de la ejecución de sentencia (arts. 397 y ss. CPC) no contienen disposiciones sobre subasta y remate de bienes del deudor; sino que estas solo se encuentran en el proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero.

La anterior es ciertamente, una técnica legislativa criticable ya que induce a confusión al operador jurídico. Pero solamente partiendo de esta naturaleza híbrida del proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero, podemos explicar por qué el art. 404 CPC contiene en su catálogo de títulos ejecutivos a la sentencia (núm. 1) y el laudo arbitral (núm. 6), que son el resultado de una actividad declarativa previa (y por lo tanto pueden ser catalogados de jurisdiccionales), junto a otros títulos como los prendarios o hipotecarios de los numerales 2 y 3, que son auténticos títulos ejecutivos extrajurisdiccionales. Además, como ya lo dijimos, las normas sobre subasta y remate (ubicadas en sede del proceso coactivo de sumas de dinero) también se aplicarán en los casos que se intente ejecutar alguno de los títulos extrajurisdiccionales del art. 379 CPC, ubicados en sede del proceso ejecutivo.

En resumen, el proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero contiene normas sobre un régimen especial de ejecución (más breve) cuando se trata títulos

ejecutivos hipotecarios o prendarios inscritos en los que exista renuncia del deudor al proceso ejecutivo. Pero también contiene normas comunes para la ejecución de títulos jurisdiccionales o extrajurisdiccionales cuando la obligación incumplida es dineraria. En este sentido, las normas sobre subasta y remate allí ubicadas, se aplican también al proceso ejecutivo y a la ejecución de sentencia.

## **II. EL PROCESO ORDINARIO POSTERIOR PROCEDE ÚNICAMENTE RESPECTO DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS EXTRAJURISDICCIONALES.**

Partiendo de la distinción sobre la distinta naturaleza de las normas del proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero, podemos entender con más claridad que no todas las normas allí contenidas se aplicarán cuando se intente ejecutar una sentencia o un laudo arbitral. En este sentido, no podemos aplicar a la ejecución de esta clase de títulos las disposiciones del art. 410.I y 410.II CPC. Estas normas se aplicarán cuando el título base de la ejecución sea alguno de los contenido en los numerales 2 y 3 del art. 404 CPC, o algún otro de naturaleza no jurisdiccional como los contenidos en el art. 379 CPC. Es decir, títulos ejecutivos sobre los que todavía no se ha declarado el derecho, pero que por sus características –y en una mera decisión de política legislativa- se concede el beneficio de acudir directamente a la ejecución sin previo proceso de declaración.

Intentar incoar el ordinario posterior del art. 410 CPC, en los casos de ejecución de títulos jurisdiccionales, es un abuso del derecho por parte del ejecutado, ya que, precisamente, el título que sustenta dicha ejecución proviene de un proceso declarativo previo. Admitirlo sería permitir un doble pronunciamiento sobre el mismo asunto. Pero sobre todo negar la calidad de cosa juzgada a la sentencia o laudo arbitral, que es el título ejecutivo que sustenta dicha ejecución. En este sentido, considero que, a pesar que el art. 410 CPC se encuentre incardinado en sede de proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero, y este procedimiento se aplica en el caso de ejecución dineraria de sentencia o laudo arbitral, las normas específicas sobre el ordinario posterior solo se activan cuando la ejecución se sustenta en un título extrajurisdiccional que no viene precedido de un proceso de cognición.

## **III. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIONES DEL ART. 409 CPC CONTRADICE EL ART. 119 LCA.**

Respecto del régimen de oposición a la ejecución del laudo arbitral se da una situación curiosa. El art. 409 CPC permite al ejecutado interponer únicamente alguna de las 6 excepciones allí indicadas, cualquier otra, ordena el parágrafo III de la norma citada, deberá ser rechazada por el juez sin sustanciación. Por otro lado, el art. 119.II LCA establece que la autoridad judicial *solamente* deberá aceptar oposición a la ejecución que se funde en dos materias: cumplimiento documentado de la obligación y recurso de nulidad pendiente. Respecto de cualquier otra, también

indica el parágrafo III del art. 119 LCA, deberá ser desestimada por el juez, sin trámite alguno. Evidentemente ambas normas se excluyen.

Planteado el problema en estos términos, y confrontadas ambas normas, pareciera que: si aplicamos el art. 409 CPC, el juez no debiera admitir oposición fundada en el art. 119 LCA; a su vez, si aplicamos esta última, el juez no debiera sustanciar una excepción que se ampare en la primera.

Para algunos la solución podrá ser interpretar que no existe exclusión porque el art. 119 LCA habla de *oposición a la ejecución* y el art. 409 CPC de *excepciones*. Sin embargo considero que este no es un argumento válido simplemente porque el legislador boliviano utiliza estos términos como sinónimos: la excepción es una forma de oposición a la ejecución y, la forma por la cual el ejecutado se opone a la ejecución es la excepción. Aunque nosotros consideramos que ambos términos no tienen necesariamente el mismo significado ya que, la oposición a la ejecución es un concepto más amplio que acoge el de excepción. Es decir, una de las formas de oposición a la ejecución es la excepción, que es inicial. Pero además, el ejecutado puede oponerse a actos ejecutivos concretos a lo largo del proceso (vgr. tasación del bien). Oposición es el género, excepción es la especie.

Ahora bien, todo pareciera indicar que se debe aplicar el art. 119 LCA en detrimento del art. 409 CPC. Es decir, solo sería posible oponerse a la ejecución con base en alguno de los dos motivos indicados en la LCA. Y esto porque: esta (1) es norma especial (referida exclusivamente sobre la ejecución del laudo, y no como el art. 404 CPC, sobre otros tipos de títulos ejecutivos), pero también porque (2) es norma posterior en el tiempo al CPC. Pero para nosotros el problema que planteamos es solo aparente. A pesar del tenor literal de las mentadas normas, de hecho, se aplican ambas. Pero no porque la oposición a la ejecución sea algo distinto a la interposición de excepciones. Sino porque: (i) la oposición de cumplimiento del art. 119.II LCA, ya está contenida en el art. 409.5 CPC y, (ii) si el laudo arbitral está sujeto a recurso de nulidad pendiente éste no tendrá todavía autoridad de cosa juzgada y, por lo tanto, no es ejecutable por carecer de fuerza ejecutiva.

Ahora bien, lo anterior solo resuelve una parte del problema. Es decir, que la oposición a la ejecución por las causales del art. 119.II LCA de alguna manera están incluidas en los numerales 2 y 5. del art. 409.I CPC. Pero no da solución a la orden expresa que el legislador dirige al juez, en cuanto a que debe desestimar sin trámite alguno las oposiciones fundadas en argumentos diferentes de los señalados en el art. 119.II LCA (cumplimiento y fuerza ejecutiva, o laudo con calidad de cosa juzgada). Esta es la regla. Sin embargo, la misma LCA contiene la excepción a la norma. En este sentido, el art. 119.V LCA establece que, *a efectos de ejecución coactiva de sumas de dinero, se aplicará lo establecido en la norma procesal civil vigente*. Por lo tanto, si ya hemos concluido que la LCA es norma especial sobre ejecución del laudo y

posterior en el tiempo al CPC, también debemos concluir que la remisión que hace el art. 119.V LCA faculta al ejecutado a interponer alguna de las excepciones del art. 409 CPC.

A esta conclusión se llega también por otra vía. Varias de las excepciones del art. 409 CPC son presupuestos procesales que, como tal, deben ser apreciados de oficio por el juzgador. Pero lamentablemente por un descuido o, nuevamente, mala técnica legislativa, no ordena que así lo haga en sede del art. 408 CPC. En el parágrafo II de la citada norma solo se exige al juez que examine si el título tiene la suficiente fuerza ejecutiva como para activar la ejecución. Más completo es su par, el art. 380.I CPC en sede de proceso ejecutivo, que ordena al juez examinar el título ejecutivo, su competencia, la capacidad y legitimación de las partes, así como la liquidez y el plazo vencido de la obligación. Sin embargo, a pesar de la ausencia de estas exigencias en el art. 408 CPC entendemos que es obligación del juez analizar el título en los términos del art. 380.I CPC. Además de ello, aunque ninguna de estas normas lo indicase, compete al juez velar por la correcta conformación de la relación jurídico-procesal. En este sentido, debe velar por el cumplimiento de los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional (jurisdicción y competencia), a las partes (capacidad, legitimación y representación) y del objeto del proceso (ausencia de cosa juzgada, litispendencia y caducidad, entre otros).

Siguiendo el razonamiento glosado, debemos concluir que, aun existiendo para el juez el imperativo de rechazar cualquier oposición a la ejecución que no se funde en el art. 119 LCA, debe:

(1) apreciar de oficio su propia competencia (e incluso esta puede hacerse valer por el ejecutado, por vía de inhibitoria o declinatoria y no propiamente de excepción);

(2) apreciar de oficio la fuerza ejecutiva del título base de la ejecución (art. 408.II CPC), declarando, en su caso, que no ha lugar a la ejecución y permitir la oposición del ejecutado ex art. 119.II LCA;

(3) controlar, ex arts. 119.IV y 112.I LCA, también de oficio y en la medida de sus posibilidades, la falsedad o inhabilidad del título (laudo) presentado por el acreedor ejecutante;

(4) En cuanto a la excepción de prescripción entendemos que esta no es aplicable a los títulos jurisdiccionales, sino más bien sobre los de naturaleza extrajurisdiccional. Sobre el laudo o la sentencia no cabe hablar de prescripción sino más bien de caducidad. Pero el CPC no establece un plazo extintivo de caducidad para iniciar la acción ejecutiva y, obviamente, esta no puede quedar en suspenso *sine die*. Esto choca frontalmente con la garantía de seguridad jurídica. Por esta razón, desde la

perspectiva del derecho contenido en el título (Laudo) se aplica en la práctica el plazo general de prescripción de cinco años. Pero la prescripción no puede apreciarse de oficio por el juzgador. No permitir la oposición a la ejecución de una obligación prescrita vulnera la seguridad jurídica, pero sobre todo importa un grave inconveniente de economía procesal para el Órgano Judicial, ya que, el ejecutado tendría que defenderse en el proceso de ejecución incoado y luego interponer una acción ordinaria reclamando le sean devueltas las cantidades indebidamente cobradas. Además de esto se podrá causar un perjuicio irreparable al ejecutado ya que se podría subastar un bien de su patrimonio y esta compra –a título oneroso y de buena fe- sería irrevindicable para el ejecutado. Todas estas razones aconsejan permitir la excepción de prescripción en sede de ejecución del laudo;

(5) La excepción de pago, como vimos, se aplica por vía de la oposición a la ejecución del art. 119.II LCA;

(6) El último numeral del art. 409 CPC contiene tres excepciones: cosa juzgada, transacción y conciliación. Las dos últimas pueden ser consideradas sin ningún inconveniente por el juez, porque se trata de manifestaciones concretas de la autonomía de la voluntad de las partes y de disposición del objeto del proceso. Sería absurdo entender que el art. 119 LCA prohíbe a las partes disponer del derecho discutido en la ejecución y concluir la ejecución, aunque sea parcialmente. En cuanto a la excepción de cosa juzgada, no parece que esta sea aplicable a la ejecución de títulos judiciales o asimilables. Y esto porque la actividad declarativa recién ha concluido. Si lo que se quiere oponer es que el título ya fue ejecutado por otra vía, corresponde más bien alegar pago o cumplimiento. Si, por otro lado, se alega que la ejecución de dicho título fue anteriormente intentada por el actor, y mereció resolución de rechazo, corresponde -a pesar del tenor literal del art. 119.II LCA-, alegar cosa juzgada, siempre que el nuevo intento tenga el mismo fundamento ya denegado, porque lo contrario sería permitir una doble o triple ejecución sobre lo mismo, lo que, de entrada no ampara el derecho a la tutela judicial efectiva y, sobre todo, vulneraría el debido proceso y el derecho a la defensa del ejecutado.

Por último, además de lo indicado, tampoco es correcto entender que el ejecutado, una vez concluido el periodo de excepciones, ya no podrá oponerse a la ejecución por ningún otro medio. Ciertamente el art. 119.III LCA establece que *la autoridad judicial desestimarán sin trámite alguno, las oposiciones fundadas en argumentos diferentes al cumplimiento voluntario del laudo y recurso de nulidad pendiente, o cualquier incidente que pretenda entorpecer la ejecución solicitada*. Pero esta norma no permite al acreedor tramitar la ejecución a su antojo. A pesar del art. 119.III LCA la ejecución del laudo arbitral debe respetar los principios de máxima efectividad de la ejecución y menor onerosidad para el ejecutado. Bajo esta premisa, el ejecutado podrá oponerse al embargo exagerado de bienes, a la tasación arbitraria del bien e incluso controlar que la subasta se desarrolle conforme a las normas del CPC.

**LAS LICENCIAS NO AUTOMÁTICAS DE IMPORTACIÓN EN  
EL MARCO DEL MERCOSUR: UN COMENTARIO AL PRIMER  
LAUDO ARBITRAL**

***NON-AUTOMATIC IMPORT LICENSES UNDER MERCOSUR: A  
COMMENT TO THE FIRST ARBITRATION AWARD***

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 262-269*



Ignacio N.  
COFONE

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 16 de enero de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** Las licencias no automáticas de importación involucran un proceso que conlleva tiempo y costos monetarios a cargo de cualquier empresa privada que desee importar un producto. Por lo tanto, generan una discriminación entre los productos nacionales y los productos extranjeros. Ello implica que las licencias no automáticas son ilegítimas dentro del marco del MERCOSUR, y de cualquier otro proceso de integración que prohíba dicha distinción entre productos.

**PALABRAS CLAVE:** Importación, licencias no automáticas, MERCOSUR, discriminación de productos.

**ABSTRACT:** Non-automatic import licenses involve a process that implicates time and monetary costs for any company that attempts to import a product. In such a way, they discriminate among domestic and non-domestic products. This leads to the conclusion that non-automatic licenses are illegitimate within MERCOSUR, and any other integration process that forbids such distinction among products.

**KEY WORDS:** Import, non-automatic licenses, MERCOSUR, product discrimination.

**SUMARIO.-** I. El Derecho Aduanero frente al comercio exterior en un proceso de integración: algunas breves consideraciones; II. Los hechos del caso; III. La solución del tribunal; IV. Algunas consideraciones adicionales; V. Contexto internacional; VI. Conclusiones.

---

## I. EL DERECHO ADUANERO FRENTE AL COMERCIO EXTERIOR EN UN PROCESO DE INTEGRACIÓN: ALGUNAS BREVES CONSIDERACIONES

“En el desbordante proceso mundial que significa la globalización, que propugna el libre comercio, las aduanas no deben presentarse o concebirse como un escollo, sino más bien como una institución necesaria para realizar el control del intercambio comercial que, en ocasiones, pueda significar lesión a la seguridad, la salud pública y a la sanidad vegetal, entre otros perjuicios”<sup>1</sup> dice la doctrina en derecho aduanero.

Esto, que es cierto respecto del creciente comercio internacional en general, resulta incluso más aplicable a las aduanas en el marco de un proceso de integración. Ello se debe a que, al participar de dicho proceso, los países fijan de modo inconfundible una política mercantil de liberalización del comercio hacia los otros miembros del grupo, que resulta mucho más significativa que la liberalización en general que intenta la Organización Mundial de Comercio y que los países pueden incorporar o no a sus políticas mercantiles. La política de integración no puede sino ser seguida por las aduanas de los miembros del grupo, no sólo porque la institución debe alinearse con las otras de su país sino también porque, debido al rol clave de la aduana en el comercio exterior, una aduana difícil, que plantea problemas a la circulación de mercaderías, puede significar el fracaso de todo el proceso integrativo. Esto es, el proceso de integración implica, también, un ámbito de cooperación aduanera<sup>2</sup>, como ha reconocido la Corte<sup>3</sup>.

En este contexto, se vuelve relevante explorar un vértice del rol de las aduanas en el proceso de integración que tiene una importancia práctica a veces

---

1 H. F. LAIS, *Los principios del Derecho aduanero*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 38.

2 Cfr. H. F. LAIS, *Los principios del Derecho aduanero*, ob. cit., p. 143.

3 Cfr. CSJN, “Miguel A. Dotti y otros” (1998), Fallos 321:1226

### • Ignacio N. Cofone

Investigador en la Universidad de Rotterdam y profesor en la Universidad de Buenos Aires. Contacto: cofone@law.eur.nl. El artículo se basa en un trabajo realizado en la Universidad Austral y presentado en las Jornadas para Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales del Instituto Gioja. Agradezco a Lucas Arrimada, Guillermo Comadira, Manuel García Mansilla y Santiago Maqueda por sus comentarios.

subestimada: las licencias no automáticas de importación, y en particular en el marco del MERCOSUR. Para hacer esto, se toma en este tema el hito más importante que se tuvo hasta ahora en el derecho aplicable: el primer laudo arbitral dictado en el marco del MERCOSUR<sup>4</sup>.

## II. LOS HECHOS DEL CASO

En el caso que nos ocupa, la Argentina reclama a Brasil el dictado de los comunicados N° 37/97 y N° 7/98, que someten a varios productos de Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM) a licencias no automáticas (LNA) o a licencias automáticas sujetas a condiciones especiales (LAC). Las medidas afectaron al 61% de los rubros de exportación argentinos a Brasil, 53% con LNA y 8% con LAC, y requerían el pago de una tasa de 60 dólares y algunos trámites administrativos previos.

De acuerdo con la Argentina, ellas importan una “restricción al comercio intrazona que produce un efecto inhibitorio y que genera incertidumbre e inseguridad, afectando el desarrollo de las corrientes de intercambio”<sup>5</sup>.

## III. LA SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

El caso es resuelto por el Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur (TAHM), que comienza destacando que el art. I del Tratado de Asunción<sup>6</sup> indica que el establecimiento de un mercado común “implica, entre otras cosas, eliminar los derechos aduaneros y las restricciones no arancelarias y cualquier otra medida equivalente”<sup>7</sup>. Acto seguido, recuerda que el Anexo I de dicho tratado establece en su art. I que los países realizarán esfuerzos para eliminar las restricciones al

4 Cfr. TAHM, asunto I/99, “Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al comercio recíproco” (28/04/99). Disponible en BOM N° 9, junio de 1999, y en RDM N° 4, año 3, agosto de 1999, pp. 257-278.

5 Cfr. TAHM, asunto I/99, ob. cit.

6 Art. I TA: Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deber estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR).

Este Mercado Común implica

- La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

- El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;

- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;

- El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

7 Cfr. TAHM, asunto I/99, ob. cit.

comercio recíproco<sup>8</sup>, y en su art. 2 define el término<sup>9</sup>, diciendo que se entiende por restricción a “cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco”<sup>10</sup>. Esto se hace agregando en su art. 10 que los países sólo podrán aplicar las restricciones que declararon en las Notas Complementarias al Acuerdo de Complementación<sup>11</sup>.

Luego de establecer esto, el TAHM invoca las Decisiones del Consejo del Mercado Común N° 3/94 y N° 17/97. La primera de ellas, explica, “estableció un compromiso de *stand still* en materia de restricciones no arancelarias”<sup>12</sup>, por el que los países se comprometieron a no aplicar en el comercio entre ellos condiciones más gravosas que las existentes para el comercio interno en cada uno de ellos hasta que se logre una total armonización de estas restricciones. Compromiso que la segunda Decisión reitera (art. 6).

El tribunal afirma finalmente, que las medidas afectan la reciprocidad en el comercio entre Argentina y Brasil y por lo tanto atentan contra los propósitos y contra los principios del Tratado de Asunción.

Como consecuencia de todo ello, el Tribunal resuelve que las medidas administrativas tomadas son equivalentes a restricciones y por lo tanto violan el Tratado de Asunción, su Acuerdo de Complementación Económica N° 18 y las Decisiones del Consejo del Mercado Común N° 3/94 y N° 17/97.

#### IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES

Cabe hacer algunas consideraciones sobre lo resuelto por el TAHM. Primero, “la sola existencia de las medidas contenidas en las Circulares produce un resultado

8 Art. 1 Anexo I TA: Los Estados Partes acuerdan eliminar a más tardar el 31 de diciembre de 1994 los gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco.

En lo referente a las listas de excepciones presentadas por la República del Paraguay y por la República Oriental del Uruguay, el plazo para su eliminación se extenderá hasta el 31 de diciembre de 1995, en los términos del artículo séptimo del presente anexo.

9 Art. 2 Anexo I TA: A los efectos dispuestos en el artículo anterior, se entenderá:

a) por “gravámenes”, los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier otra naturaleza, que incidan sobre el comercio exterior.

No quedan comprendidos en dicho concepto las tasas y recargos análogos cuando respondan al costo aproximado de los servicios prestados; y

b) por “restricciones”, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco. No quedan comprendidos en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el Artículo 50 del Tratado de Montevideo 1980.

10 Cfr. TAHM, asunto 1/99, ob. cit.

11 Art. 10 Anexo I TA: Los Estados Partes sólo podrán aplicar hasta el 31 de diciembre de 1994, a los productos comprendidos en el programa de desgravación, las restricciones no arancelarias expresamente declaradas en las Notas Complementarias al acuerdo de complementación que los Estados Partes celebrarán en el marco del Tratado de Montevideo de 1980.

12 Cfr. TAHM, asunto 1/99, ob. cit.

general inhibitor del comercio al privar de seguridad y certidumbre jurídica<sup>13</sup>. Es decir, con el establecimiento de LNA y LAC, Brasil puede con el solo dictado de un decreto a nivel interno modificar el modo en que cualquier producto argentino entra en su territorio. Esto produce un nivel de inseguridad jurídica que eventualmente redundará en una disminución de las exportaciones argentinas a Brasil, por lo que la norma deviene en una protección indirecta a la industria nacional.

Es por esto que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) prohíbe explícitamente que las licencias, que tienen como fin controlar en el sentido expuesto en la introducción de este trabajo, deben utilizarse en concordancia con los fines del acuerdo del GATT de 1994, y no deben tener como fin restringir o distorsionar el comercio. "El establecimiento y aplicación de las normas de origen, claras y previsibles -expresa el acuerdo pertinente- facilita las corrientes de comercio internacional', aunque señalando, al mismo tiempo, que debe asegurarse 'que las normas de origen no creen por sí mismas obstáculos innecesarios al comercio'. 'Los sistemas de licencias automáticas de importación son útiles para ciertos fines -dice el acuerdo correspondiente-, pero no se los debe utilizar para restringir el comercio', y, así, conceptos similares se formulan en los otros acuerdos o entendimientos"<sup>14</sup>

Por otro lado, las medidas tomadas por Brasil agravaron objetivamente la situación para los exportadores argentinos. Desde que se tomaron las medidas estos productos quedaron no sólo gravados con la tasa necesaria para este tipo de licencias de 60 dólares, sino además con el costo necesario para llevar adelante los trámites administrativos necesarios y el tiempo que eso implica, con las pérdidas monetarias que toda pérdida de tiempo conlleva en las relaciones de comercio. Al establecer un nuevo impedimento a las exportaciones argentinas, no establecido previamente, Brasil viola las normas citadas.

Resulta llamativo, además, notar que las llamadas LAC en realidad no existen<sup>15</sup>. El licenciamiento, o es automático, o no es automático; no existe una categoría intermedia (*tertia non datur*). Si a una licencia se le imponen condiciones especiales que provoquen en el importador la necesidad de realizar trámites, ésta deja de ser automática, no entra en una subclasificación de ella<sup>16</sup>.

Teniendo en mira los principios y fines del MERCOSUR (modo en el que deben interpretarse siempre sus disposiciones), dentro de los cuales cobra importancia el programa de liberación comercial, y tomando las normas citadas, se ve que "las licencias automáticas son compatibles con el sistema normativo del Mercosur en

13 Cfr:TAHM, asunto 1/99, ob. cit.

14 P.FERNÁNDEZ LALANNE, Código aduanero comentado y anotado, LexisNexis, Buenos Aires, 1997, 01b.

15 Cfr: M. B. NOODT TAQUELA, "La primacía del derecho del Mercosur en su primer laudo arbitral", JA 1999-III-295.

16 Cabe señalar que la autora anteriormente citada llega por vía de la afirmación por la cual se la cita a una conclusión directamente opuesta. Es decir, opina que las LAC son simples licencias automáticas.

tanto no contengan condiciones o procedimientos y se limiten a un registro operado sin demora durante el trámite aduanero y que las licencias no automáticas solamente son compatibles con el sistema normativo del MERCOSUR en tanto correspondan a medidas adoptadas bajo las condiciones y con los fines establecidos en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980<sup>17</sup>, constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y siempre que estén efectivamente destinadas a los fines allí indicados y no configuren obstáculos comerciales<sup>18</sup>.

## V. CONTEXTO INTERNACIONAL

Dado que, al tener el MERCOSUR un grado menor de desarrollo que la Unión Europea, no teniendo éste los caracteres típicos del derecho de integración europeo, y como consecuencia de ello no corresponde exportar las distintas soluciones surgidas en el marco de la Unión Europea a este proceso de integración<sup>19</sup>, este ensayo evita un análisis extenso de derecho comparado, focalizándose en las normas aplicables del MERCOSUR y el fallo relevante al respecto.

A los solos efectos, entonces, de ilustrar el contexto del fallo comentado, vale recordar que el Tribunal Europeo de Justicia declaró la ilegalidad de las LNA en los fallos "International Fruit Company v. Produktschap voor Groenten en Fruit" y "Commission v. French Republic".

En la Unión Europea, con efectos operativos a partir de dichos fallos, sólo se permiten las LNA y las LAC "que tienen por objeto la protección de la moralidad, orden o seguridad públicas, la salud y la vida de seres humanos, animales o vegetales, tesoros artísticos, históricos o arqueológicos o de la propiedad comercial o industrial; siempre y cuando las mismas no constituyan una forma de discriminación arbitraria o una restricción encubierta al tráfico intra Unión (art. 30 del Tratado de Amsterdam; anterior art. 36 del Tratado de Roma)"<sup>20</sup>.

---

17 Art. 50 TM 1980: Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moralidad pública;
- b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
- c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares;
- d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
- e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;
- f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y
- g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

18 M. B. NOODT TAQUELA, "La primacía del derecho del Mercosur en su primer laudo arbitral", JA 1999-III-295.

19 Cfr. H. F. ALAIS, Los principios del Derecho aduanero, ob. cit., p. 140.

20 Cfr. E. RÓPOLO, "El conflicto con Brasil por los electrodomésticos ¿un nuevo golpe a la seguridad jurídica en el Mercosur?", LL 03/09/2004, I.

## VI. CONCLUSIONES

El fin del sistema jurídico de cualquier proceso de integración es garantizar la no discriminación entre los miembros del proceso y el correcto funcionamiento de la unión comercial, tanto hacia adentro del proceso de integración como hacia fuera de éste<sup>21</sup>.

En este sentido, analizando el instituto mencionado desde la perspectiva de este objetivo, cabe preguntar si las licencias no automáticas generan una discriminación entre los productos nacionales y los productos extranjeros de otros países del MERCOSUR. La respuesta, claramente, es afirmativa. Las licencias no automáticas ponen sobre los hombros de cualquier comerciante que quiere llevar su producto a otro país del MERCOSUR un proceso que inevitablemente involucra un costo, no sólo en dinero sino también en tiempo y en diligencias ante la administración. Por lo tanto, son ilegítimas en los términos expuestos.

---

21 Cfr. H. F. ALAIS, Los principios del Derecho aduanero, ob. cit., p. 134.

LA CLÁUSULA GENERAL DEL ESTABLECIMIENTO  
PERMANENTE, LA DISTINCIÓN ENTRE EL AGENTE  
DEPENDIENTE E INDEPENDIENTE EN EL ARTÍCULO 5 MC OCDE  
Y LA POLÉMICA FIGURA DEL COMISIONISTA

*THE GENERAL CLAUSE OF PERMANENT ESTABLISHMENT, THE  
DISTINCTION BETWEEN DEPENDENT AND INDEPENDENT AGENT  
ON THE ARTICLE 5 OECD MC AND THE CONTROVERSIAL LEGAL  
STATUS OF COMMISSIONAIRE*

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 270-289*



José Carlos  
PEDROSA LÓPEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 15 de marzo de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** Desde sus orígenes, el establecimiento permanente ha sido una de los elementos fundamentales en el contexto de la fiscalidad internacional. Este trabajo, tras ofrecer una visión de su evolución histórica, analiza los elementos principales de su cláusula general y de la cláusula de agencia. Expone la figura del agente dependiente e independiente y plantea la problemática derivada de la incierta calificación jurídica del comisionista.

**PALABRAS CLAVE:** Establecimiento Permanente, art. 5 MC OCDE, cláusula general, agente dependiente y agente independiente.

**ABSTRACT:** Since its inception, the permanent establishment has been one of the most fundamental features in the context of international taxation. This paper, after giving an overview of its historical background, analyses the main elements of its general clause and gives a substantial interpretation of the agent PE clause. It also clarifies both the dependent and the independent agent. Furthermore, it points out the controversy regarding the uncertain legal status of the commissionaire.

**KEY WORDS:** Permanent Establishment, art. 5 OECD MC, general clause, dependent agent and independent agent.

**SUMARIO.-** I. Introducción.- II. Evolución histórica del EP.- III. Regulación del establecimiento permanente en la legislación interna y en el Modelo de Convenio de la OCDE.- IV. Elementos esenciales del Establecimiento Permanente. La Cláusula General.- 1. El lugar de negocios.- 2. Actividades relacionadas con la principal.- 3. La fijeza del lugar de negocios.- V. La Cláusula de Agencia del EP, el agente dependiente.- VI. El agente independiente.- VII. La tendencia a calificar al comisionista como agente dependiente.- VIII. Consideraciones finales.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

El establecimiento permanente es una de las piezas esenciales en el contexto del derecho tributario internacional. Su presencia se remonta a la segunda mitad del siglo XIX y desde entonces ha sido objeto de regulación tanto por los ordenamientos jurídicos internos como por los convenios para evitar la doble imposición internacional.

El trabajo describe la evolución histórica del establecimiento permanente, su regulación y conceptualización tanto en la legislación interna española como en el ámbito del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, MC OCDE).

Dicho instituto jurídico puede analizarse desde diversas perspectivas, no obstante, por razones de extensión, resulta imposible abarcar todas en este estudio. Al hilo de la visión histórica, el autor considera conveniente exponer su tipología más tradicional.

Siguiendo las pautas establecidas, por un lado, el artículo analiza los elementos fundamentales del modelo de establecimiento permanente más primitivo, el lugar fijo de negocios, también conocido como la cláusula general. Por otro lado, se centra en describir la figura del denominado agente dependiente.

Desde una implícita delimitación negativa del agente dependiente, el trabajo se completa exponiendo la contrapartida de dicha cláusula de agencia, siendo esta la figura del agente independiente.

### • José Carlos Pedrosa López

Es Contratado Predoctoral del Ministerio de Economía y Competitividad. Es profesor y doctorando en Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Carlos III de Madrid, especializado en Derecho Fiscal Internacional. Es licenciado en Derecho y licenciado en Administración y Dirección de Empresas y tiene un máster en Asesoría Fiscal y Tributación. Ha obtenido por concurso de méritos diferentes becas para realizar cursos de postgrado y estancias de investigación tanto en países europeos como en América y Australia. Es autor de numerosas publicaciones en revistas científicas de notable prestigio en español y en inglés. Actualmente, es miembro del Centro de Excelencia Jean Monnet de la Universidad de Valencia y delegado de la sección de Derecho Financiero del Instituto de Derecho Iberoamericano.

Por último, el autor deja entreabierto la puerta al polémico debate sobre la adecuada calificación de la figura del comisionista, y más en concreto, las entidades finales que actúan como comisionista de su entidad matriz. La cuestión principalmente reside en si cabe considerar a la entidad filial que actúa como comisionista como un agente independiente, o si por el contrario, debe asemejarse a un agente dependiente constituyente de un EP. Actualmente, muy presente en las Administraciones tributarias y en los Tribunales de múltiples Estados, derivada de la cuanto menos, dudosa "utilización abusiva o exagerada" por parte, sobre todo, de las entidades multinacionales.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

La doctrina internacional ha situado el origen del establecimiento permanente (en adelante, EP) en el Derecho alemán, el cual, en la segunda mitad del siglo XIX lo incorporó a su legislación interna<sup>1</sup>. Aunque en ese momento, no era más que un simple concepto interno.

Fue en 1899 cuando este concepto se plasmó por primera vez en una normativa de carácter convenida e internacional, en el Convenio para evitar la doble imposición internacional (en adelante, CDI) firmado entre el imperio austrohúngaro y Prusia. Aunque no fue una figura comúnmente utilizada ni incluso un concepto relevante hasta que intervino la Sociedad de Naciones en 1928 con sus proyectos de CDI.

Los trabajos de la Sociedad de Naciones, a través de su Comité Fiscal y la Cámara de Comercio Internacional, se decantaron por un planteamiento bilateral como medio de resolución de la superposición de la potestad tributaria de los diversos Estados<sup>2</sup>. El Comité de Expertos que componía el denominado Grupo de Economistas en primer lugar y, posteriormente, el llamado Comité de Técnicos, redactaron informes que desglosaban la totalidad de las rentas obtenidas por un determinado sujeto, en función de su naturaleza, con el fin de estimar la legitimidad que cada Estado tenía para gravar este tipo de rendimientos en función de su *economic allegiance*, es decir, de su vinculación económica con un territorio en función de los elementos que intervinieron en su generación. De modo que si una empresa tenía su casa central en un Estado y en el otro tenía una sucursal, agencia o establecimiento permanente, cada uno tenía derecho a gravar la porción de renta neta producida en su territorio Estados<sup>3</sup>.

- 1 SKAAR, A.: *Permanent Establishment Erosion of a Tax Treaty Principle*. Deventer (1991); Kluwer, Series on International Taxation, p. 83.
- 2 GARCÍA PRATS, F.A.: *El Establecimiento Permanente. Análisis jurídico- tributario internacional de la imposición societaria*. Madrid (1996); Tecnos, p. 43.
- 3 GARCÍA PRATS, F.A.: *El Establecimiento Permanente*, cit. p. 44.

De esta manera se otorgó capacidad de gravar al Estado donde los EP se encontraban localizados. No obstante, este Estado de la fuente se limitaría exclusivamente a los rendimientos obtenidos por los establecimientos permanentes en su territorio.

Hay que remitirse a los Modelos de Convenios de 1927, 1928, 1931 y 1933, periodo durante el cual la cláusula de establecimiento permanente se consolida y resulta generalmente aceptada como criterio para poder gravar los rendimientos obtenidos en las explotaciones industriales, comerciales, agrícolas o profesionales por el Estado de la fuente, y como excepción al principio general de gravamen en el país de residencia de las rentas empresariales<sup>4</sup>.

Avanzando un poco más en el tiempo, hay que entender como relevantes el Modelo de Convenio de México de 1943 y el de Londres de 1946. De los mismos se destacan una serie de características, novedades y avances considerables. Por un lado, ambos contienen la misma definición de EP y se incluyen nuevos supuestos de instalaciones que constituyen un establecimiento permanente. Por el otro lado, se consolida el método de contabilidad separada en cada establecimiento en relación a la determinación de los rendimientos atribuibles a los mismos, aunque no se imponía imperativamente, sino que, aceptaban la posibilidad de aplicar otros sistemas que estableciesen el reparto de la carga tributaria entre dos Estados cuando existiese uno o varios EP en alguno de ellos<sup>5</sup>. También se admitía la posibilidad de rectificación por parte de las autoridades fiscales del Estado para la corrección de desajustes bajo el sistema *arm's length*, es decir, como criterio corrector; se reconocía la posibilidad de que los Estados modificaran los resultados imponibles en cada jurisdicción con arreglo al principio de independencia<sup>6</sup>.

Por último, después de que la Organización para la Cooperación Económica Europea retomase los trabajos realizados por la Sociedad de Naciones a través de su Comité Fiscal en 1956, intervino la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE). En el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE (en adelante, MC OCDE) de 1963 y en los posteriores ya se encontraba delimitado en su art. 5 el concepto de establecimiento permanente y el tratamiento de las rentas empresariales, en relación al art. 7 MCOCDE.

4 SERRANO ANTÓN, F.: "Los aspectos fiscales de los establecimientos permanentes", en AA.VV. *Fiscalidad Internacional* (coord. por: F. SERRANO ANTÓN). Madrid (2010): Centro de Estudios Financieros, p. 187.

5 Esta cláusula suponía la introducción del principio de "empresa separada", con arreglo al cual el establecimiento permanente se considera como si se tratara de una empresa independiente. En consecuencia se les hacía tributar por los beneficios netos que hubiera podido razonablemente obtener de tratarse de una empresa independiente dedicándose a las mismas actividades o actividades análogas en las mismas condiciones o en condiciones análogas.

6 GARCÍA PRATS, F.A.: "Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea", *Crónica Tributaria* (2005), núm. 117º, p. 38.

No obstante, aunque los Comentarios de los Convenios han estado siempre presentes, ayudando a concretar el concepto de EP en la enumeración de ejemplos, aclaraciones, delimitaciones positivas y negativas, etc... estos también han sufrido modificaciones a fin de perfilar esta figura.

Con el paso del tiempo, el concepto de EP ha ido evolucionando, en todos los Modelos de Convenios se ha ido revisando y junto a ellos sus Comentarios de carácter periódico desde el 1992, hasta llegar al actual MC OCDE.

Finalmente, en atención a las últimas actualizaciones del MC OCDE el actual art. 5 MC OCDE que plasma la definición de establecimiento permanente no sufrió ningún cambio, pero sí, alguno de sus Comentarios, tanto con modificaciones como con nuevas incorporaciones.

### III. REGULACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN LA LEGISLACIÓN INTERNA Y EN EL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE.

Analizando desde la perspectiva fiscal el concepto de establecimiento permanente y su regulación actual en la normativa española interna y en el MC OCDE, nos damos cuenta que no es exactamente idéntica la definición que ambas ofrecen, lo cual, es un claro indicio de que las modificaciones del concepto estandarizado en el MC OCDE por parte de las legislaciones internas, pueden llevar a diferentes concepciones de si se está ante un EP o no. Dato que también se refleja en las observaciones y reservas realizadas por los Estados en los Comentarios del art. 5 MC OCDE<sup>7</sup>.

Respecto a su regulación en la normativa doméstica española el establecimiento permanente se encuentra regulado principalmente en el art. 13 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Rente de los No Residentes (en adelante, TRLIRNR), Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo<sup>8</sup>. El cual, se encuentra redactado de la siguiente manera:

“Artículo 13. Rentas obtenidas en territorio español.

Se consideran rentas obtenidas en territorio español las siguientes:

Las rentas de actividades de explotaciones económicas realizadas mediante EP situado en territorio español.

<sup>7</sup> Observaciones y Reservas a los Comentarios del art. 5 MCOCDE desde el punto 43 al 68.

<sup>8</sup> No obstante, también es conveniente complementar lo redactado en el art. 13 TRLIRNR R.D. 5/ 2004 con los siguientes artículos, entre otros: art. 15 “Formas de sujeción y operaciones vinculadas”, art. 16 “Rentas imputables a los establecimientos permanentes”, art. 18 “Determinación de la base imponible”.

Se entenderá que una persona física o entidad opera mediante un EP en territorio español cuando por cualquier título disponga en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los que se realice toda o parte de su actividad, o actúe en el por medio de un agente autorizado para contratar, en nombre y por cuenta del contribuyente que ejerza con habitualidad dichos poderes.

En particular, se entenderá que constituyen EP las redes de dirección, las sucursales, las oficinas, las fábricas, los talleres, los almacenes, tiendas u otros establecimientos, las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras, las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias o cualquier otro lugar de explotación o de extracción de recursos naturales, y las obras de construcción, instalaciones o montaje cuya duración exceda de 6 meses”.

Es conveniente compararla con el concepto ofrecido por el MC OCDE, el cual se encuentra en su art. 5, sin olvidar tampoco la importancia que se le otorga a sus Comentarios, los cuales, a pesar de considerarse como Derecho en agraz o *Soft Law* (desde la terminología inglesa), se asimilan a directrices o guía de actuación que los Tribunales y Administraciones Tributarias, al menos a priori, se comprometen a seguir en la toma de sus decisiones.

“Artículo 5. Establecimiento permanente.

1. A efectos del presente Convenio, la expresión “EP” significa un lugar fijo de negocios mediante el cual la empresa realiza toda o parte de su actividad.

2. La expresión “EP” comprende, en especial:

a) Las sedes de dirección.

b) Las sucursales.

c) Las oficinas.

d) Las fábricas.

e) Los talleres.

f) Las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquiera otro lugar de extracción de recursos naturales.

3. Una obra de instalación construcción o montaje solo constituye EP si la duración excede de 12 meses.

4. No obstante las disposiciones anteriores de este artículo, se considera que la expresión "EP" no incluye:

a) La utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa.

b) El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas.

c) El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa.

d) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías, o de recoger información, para la empresa.

e) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio.

f) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados a) a e), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación conserve su carácter auxiliar o preparatorio.

5. No obstante, lo dispuesto en los apartados 1 y 2, cuando una persona, distinta de un agente independiente al que será aplicable el apartado 6, actúe por cuenta de una empresa y ostente y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculden para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esa empresa tiene un EP en ese Estado respecto de las actividades que dicha persona realice para la empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el apartado 4 y que, de haber sido realizadas por medio de un lugar fijo de negocios, no hubieran determinado la consideración de dicho lugar fijo de negocios como un EP de acuerdo con las disposiciones de ese apartado.

6. No se considera que una empresa tienen un EP en un Estado contratante por el mero hecho de que realice sus actividades en ese Estado por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad.

7. El hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante, o que realice actividades empresariales en ese otro Estado (ya sea por medio de EP o de otra manera), no convierte por si solo a cualquiera de estas sociedades en EP de la otra".

El concepto ofrecido por la norma española parece que tiene un carácter más amplio y expansivo de la figura del establecimiento permanente. Asimismo, hay que señalar que ni en el Derecho interno español ni en el MC OCDE se encuentra una verdadera definición de EP, sino más bien una serie de situaciones y aspectos parciales que tratan de elaborar esa pretendida definición<sup>9</sup>.

Al hilo, hay que destacar una serie de características propias y elementos esenciales del concepto de establecimiento permanente que están presentes en ambos artículos, y que se abarcan bajo la denominada cláusula general y cláusula de agencia.

A modo de introducir conceptos que más adelante van a ser objeto de análisis, resaltamos unas pinceladas sobre ambas cláusulas y sus elementos esenciales.

En primer lugar los elementos que componen la cláusula general de establecimiento permanente son los contenidos en la normativa interna analizada y en el propio art. 5.I M COCDE:

- a) que el lugar sea propiamente de negocios,
- b) que el lugar se utilice para el ejercicio de la empresa,
- c) que el lugar de negocios sea fijo.

En suma, se encuentra la “cláusula de agencia” comprendida por algunos autores como integradora de un supuesto de ficción al EP, al no concurrir el elemento objetivo consistente en la presencia de un lugar fijo<sup>10</sup>.

Ésta ofrece la posibilidad a los Estados de gravar los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente cuando sean producto de la actuación de una persona física o jurídica que actúa como agente dependiente, es decir, en nombre propio y por cuenta de la entidad principal.

El art. 5.5 MC OCDE no ofrece una definición exacta del término: agente dependiente, por lo que es conveniente su complementación con los Comentarios del MC OCDE. No obstante, sí que exige explícitamente que tal persona deba ostentar “poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa”, como elemento esencial.

9 SERRANO ANTÓN, F: “Los aspectos fiscales de los establecimientos permanentes”, cit., p 197.

10 LOZANO FERNÁNDEZ, A.M.: “Cláusula de agencia en el Modelo de Convenio de la OCDE”, *Instituto de Estudios Fiscales*, p. 65.

La referencia a la “facultad para contratar en nombre de” denota que, sólo dará lugar a la existencia de un establecimiento permanente la representación directa, excluyéndose la representación indirecta del concepto de establecimiento permanente.

La inclusión de la expresión “en nombre de la empresa” exige de forma clara que los efectos de lo efectuado por el representante deben repercutir de manera directa e inmediata en la esfera jurídica del representado<sup>11</sup>.

Además, deben tener relación con el requisito de realización de actividades propias de la principal, excluyendo, en remisión al art. 5.4 MC OCDE, las actividades de carácter meramente preparatorias o auxiliares.

Por otro lado, este artículo aprovecha para indicar que se excluye de la cláusula de agencia a las personas abarcadas por el término “agente independiente”, entendiéndose que son aquellos que gozan de un estatuto independiente y a los que se les aplica lo establecido en el posterior apartado 6º: “...corredor, comisionista general o cualquier otro agente independiente...”.

#### IV. ELEMENTOS ESENCIALES DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. LA CLÁUSULA GENERAL.

La cláusula general del establecimiento permanente engloba los elementos que el MC OCDE (art. 5.1) y otros Modelos de Convenios como el de Organización de las Naciones Unidas y el de los Estados Unidos de América, y las legislaciones internas ponen de manifiesto en su conceptualización. Definen que un EP es “un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa efectúa todo o parte de su actividad”<sup>12</sup>.

A su vez, el art. 5.2 MC OCDE trata de ofrecer una lista enumerativa de EP, aunque la misma no deja de ser una presunción *iuris tantum*<sup>13</sup> de la interpretación que cada uno de los Estados otorgue, porque estos serán considerados como EP en la medida en que existan los elementos mínimos de la cláusula general, convirtiéndose en el supuesto de que los todos concurren en una presunción *iuris et de iure*<sup>14</sup>.

En el análisis sobre la determinación o no de un EP en un Estado hay que constatar la existencia de una serie de elementos, y aunque el orden no sea vinculante, sí lo es la presencia de los mismos.

11 GARCÍA PRATS, F.A.: *El Establecimiento Permanente*, cit., p. 189.

12 La definición presente en el texto original del MCOECD, MCUN, MCUS es exactamente la misma: “For the purposes of this Convention, the term “permanent establishment” means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on”.

13 Presunción establecida por la ley y que admite prueba en contrario.

14 Presunción de pleno y absoluto derecho que no admite prueba en contra.

## I. El lugar de negocios.

El término no se encuentra definido ni en los CDI ni la legislación interna, no obstante los Comentarios del Modelo de Convenio sí que tratan de ofrecer una aproximación cerrada y concisa del mismo.

El Comité de la OCDE de Asuntos Fiscales considera que el término *place of business* hace referencia a cualquier local, instalaciones o medios materiales utilizados para la realización de las actividades en la empresa, sirvan o no exclusivamente a ese fin. Al margen de que la empresa sea la propietaria de los mismos o no<sup>15</sup>.

Este elemento calificador reside en la capacidad del mismo para ser sede de un negocio o de una actividad empresarial. Las exigencias implican la existencia de una empresa en ese territorio y precisamente teniendo como base ese lugar de negocios, no bastando la simple propiedad inmobiliaria para la configuración de la misma como establecimiento permanente.

Aunque hay que ser conscientes que la simple capacidad para albergar en su seno una actividad de carácter empresarial o un negocio, no faculta automáticamente para su calificación como lugar de negocios, sino que más que su capacidad, se requiere su *utilización efectiva* para el desarrollo de la actividad empresarial<sup>16</sup>.

Lo que sí que está claro es que es preciso llevar en el mismo una actividad empresarial. Por lo que se desestima la consideración de un EP ante la realización de simples actividades auxiliares o preparatorias.

Por último, hay que hacer referencia a las actualizaciones del lugar fijo de negocios respecto a las nuevas tendencias del comercio electrónico. Como posteriormente comentamos, el verdadero y actual debate respecto a esta cuestión se encuentra en el desarrollo de la literatura y en la jurisprudencia de los Tribunales de la India.

La OCDE ya empezó a estudiar la importancia de estas nuevas referencias en su informe del año 2000, *Clarification on the Application of the Permanent Establishment Definition in E- Commerce*<sup>17</sup>, en el que trataba de analizar la posibilidad de considerar como establecimiento permanente a una *website*, o a un servidor, o a una base de datos, etc...

En este sentido, los Comentarios de la OCDE consideran que la *website*<sup>18</sup>, entendida como una combinación de un software y unos datos electrónicos no

15 Comentario al art. 5 MCOCDE, párrafo 5.1.4.

16 GARCÍA PRATS, F.A.: *El Establecimiento Permanente*, cit., p. 109.

17 <http://www.oecd.org/tax/treaties/1923380.pdf>.

18 Comentarios al art. 5 MCOCDE, párrafos del 42.1 al 42.10.

es algo tangible y por lo tanto no puede ser considerado como un lugar fijo de negocios. Por el contrario, el lugar donde está situado el servidor sí que puede constituir un EP si se reúnen el resto de los requisitos exigidos en el apartado I del art. 5<sup>19</sup>.

## 2. Actividades relacionadas con la principal.

La cláusula general exige que en el territorio donde se localiza el EP se desarrolle unas actividades propia de la empresa principal.

La OCDE también ha afirmado unos criterios para identificar cuando en un lugar de negocios se desarrolla una actividad empresarial. No obstante, estos son meros comentarios que no exentan de todo tipo de problemas, puesto que, la cuestión de si una determinada actividad se realiza en el marco de una empresa se ha interpretado conforme a las disposiciones de la legislación interna de los Estados contratantes, lo cual, en ocasiones, puede plantear ciertos conflictos cuando no resulte coincidente esta calificación para ambos Estados contratantes<sup>20</sup>.

Al hilo de este elemento, es conveniente comentar que siguiendo el art. 5.4 MC OCDE, la simple actividad de carácter auxiliar o preparatoria realizada en un determinado territorio no puede dar lugar a la existencia de un EP. En este sentido se entiende que la verdadera y esencial actividad empresarial se desarrollada por su casa central y que esta es simplemente complementaria.

Ahora bien, no es aceptado ni por la OCDE ni por las Administraciones Tributarias ni por los Tribunales de los Estados la intención de dividir o segmentar las actividades que desarrolla la empresa con el fin de alegar que todas ellas son auxiliares o preparatorias.

## 3. La fijeza del lugar de negocios.

No basta con que sea un lugar de negocios en el que se llevan a cabo actividades propias de la empresa, sino que, hace falta que exista una conexión de tiempo mínima entre la empresa y el territorio para su consideración como EP.

Por lo que, normalmente existirá una vinculación entre el lugar fijo de negocios y un punto geográfico determinado. Aunque no significa que el equipo que constituye el lugar de negocios tenga que estar materialmente fijado al suelo<sup>21</sup>.

19 CALVO BUEZAS, J.: "El concepto de establecimiento permanente y el comercio electrónico", *Instituto de Estudios Fiscales* (2008), p. 46.

20 GARCÍA-OLIAS JIMÉNEZ, C.: "El Concepto Tributarios de Establecimiento Permanente", *Actualidad jurídica Uriá Menéndez* (2011), núm. Extra 1º, p. 231.

21 Comentarios al art. 5 MCOCDE, párrafo 5.

El requisito temporal está intrínsecamente relacionado con la fijeza del lugar de negocios. Para su determinación es necesario distinguir si se trata de un establecimiento de carácter temporal o si por el contrario es permanente. Lo cual, para ello muchas veces hay que acudir a analizar la finalidad con la que el mismo se estableció el lugar de negocios.

No obstante, puede darse el supuesto en el que inicialmente el lugar de negocios fue concebido para su utilización durante un periodo corto de tiempo que permitía no considerarlo como EP, pero que posteriormente se haya mantenido en el tiempo. Pues bien, la OCDE considera que ante tal situación el mismo pasará a convertirse en un lugar fijo de negocios y, por tanto, retrospectivamente en un EP<sup>22</sup>. Del mismo modo, los Comentarios también entienden que las simples interrupciones temporales de las actividades no implican que deje de existir el mismo.

Por último, en determinados supuestos como los establecidos en el art. 5.3. MCOCDE, también es necesario tener en cuenta el requisito temporal en relación a la duración de las obras de construcción, instalación o montaje para determinar si constituyen un EP o no.

## V. LA CLÁUSULA DE AGENCIA, EL AGENTE DEPENDIENTE.

Las sociedades no residentes pueden someterse a gravamen por sus beneficios obtenidos en un determinado Estado, aunque no necesariamente han de ser obtenidos por una entidad sino que, pueden ser derivados de las actuaciones realizadas por una determinada persona física.

Aunque la cláusula de agencia responde al agente dependiente ambos supuestos pueden ser constituyentes de un establecimiento permanente, siempre y cuando dichas actividades no sean de carácter auxiliar o preparatorio.

El agente dependiente está regulado tanto en la legislación interna en el art. 13.1.a) TRLIRNR como en el art. 5.5 MC OCDE, y por contraposición en el art. 5.6 MC OCDE.

El agente por cuenta de la empresa (agente dependiente) es la persona que realiza sus actuaciones en representación de aquella a la que se le atribuye el establecimiento permanente en el territorio de realización de las actividades mencionadas. De modo que la persona actúa por cuenta de la empresa principal, y por tanto, el resultado de la actividad de la persona representante repercute directamente en la esfera de la empresa representada<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Comentarios al art. 5 MCOCDE, párrafo 6.3

<sup>23</sup> GARCÍA PRATS, F.A.: *El Establecimiento Permanente*, cit. p. 187.

La calificación de “agente dependiente” vinculada a la presencia de EP debe limitarse a aquellas personas que a la vista del alcance de su autoridad o a la naturaleza de su actividad implican a la empresa hasta un determinado punto en las actividades empresariales en el Estado de que se trate; el poder de representación ejercido a efectos de la organización interna de la empresa no resulta relevante<sup>24</sup>.

En relación a su definición en el art. 5.5 MC OCDE, dicha cláusula de agencia se aplica al agente dependiente que ostenta “poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa”. De modo que la persona posee los suficientes poderes de manera continuada y no esporádica o eventualmente para vincular a la principal en la actividad realizada en el Estado de que se trate.

No obstante, dicha cláusula no ha de ser interpretada de manera literal, basta con que esta persona tenga capacidad para negociar los aspectos de un contrato para estar en presencia de un agente dependiente y en consecuencia ante un establecimiento permanente<sup>25</sup>.

Se puede afirmar que el elemento esencial de esta relación se encuentra en la vinculación efectiva por parte del agente dependiente a la principal por medio de sus relaciones con terceros.

## VI. EL AGENTE INDEPENDIENTE.

En contraposición y regulado en el art. 5.6 MC OCDE nos encontramos la figura del agente independiente. Desde una delimitación negativa el MC OCDE en su art. 5.5 afirma que quedan excluidos de la cláusula de agencia, cualquier corredor, comisionista general o cualquier otro agente que goce de un estatuto independiente. De modo que ante la existencia de estas figuras jurídicas no se considerará que esa entidad tenga un EP.

Por consiguiente, una persona que actúa en nombre de la empresa no residente realizando operaciones de la misma se considerará como agente independiente y, por lo tanto, no constituirá establecimiento permanente cuando:

- a) sea independiente de la empresa jurídica y económicamente, y
- b) Actúe en el ejercicio normal de su actividad cuando lo hace por cuenta de la empresa.

24 CALDERÓN CARRERO, J.M.: “Beneficios empresariales (y de navegación)”, en VV.AA.: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea* (coord. por N. CARMONA). Madrid (2013): CISS, p. 155.

25 GARCÍA-OLIAS JIMÉNEZ, C.: “El Concepto”, cit., p. 233.

## VII. LA TENDENCIA A CALIFICAR EL AGENTE COMISIONISTA COMO EP.

En ocasiones, existe dificultad por parte de las Administraciones Tributarias para distinguir cuándo existe en un territorio una entidad filial/ comisionista y por tanto es un agente independiente, o si por el contrario es más bien un agente dependiente constituyente de EP.

Estos interrogantes surgen, como norma general, a raíz de la generalización de estructuras operativas de ciertos grupos multinacionales que bien “externalizan” sus funciones sin alterar, en muchos casos, su implicación empresarial efectiva en el territorio o bien alteran una estructura comercial preexistente<sup>26</sup>.

De modo que, a consecuencia de la reorganización y reestructuración de la actividad empresarial, en ocasiones, varían considerablemente tanto las funciones realizadas por esta entidad filial/comisionista como la capacidad que ostentan para vincular a la principal con terceros por medio de sus actuaciones o, el riesgo que asumen respecto a la principal.

Ante este escenario parece que existe una tendencia por parte de las Administraciones Tributarias a concebir que siempre que existe una reestructuración empresarial en un grupo multinacional la entidad filial pasa a convertirse en EP. Aunque, aún más curioso es observar desde la jurisprudencia cómo varían los argumentos y la perspectiva desde la que se analiza cada supuesto a fin de llegar a las conclusiones deseadas.

Las Administraciones Tributarias ante supuestos similares consideran que no se está recaudando la cantidad de ingresos correspondientes porque en la estructura de los grupos multinacionales es considerada como entidad filial/comisionista cuando en realidad debería considerarse como un agente dependiente, y por ende como un EP.

Las autoridades fiscales alegan que a consecuencia de las mismas, el comisionista posee unas facultades y poderes que van más allá de los necesarios para llevar a cabo simples funciones ordinarias o complementarias, mediante los cuales, hasta puede vincular a la principal con terceros por medio de sus operaciones realizadas.

También es curioso que, las Administraciones Tributarias hasta afirman que en multitud de ocasiones el escenario operativo es en última instancia similar al original, aunque se desplace la asunción monetaria de ciertos riesgos a cargo de la empresa

---

26 CARMONA FERNÁNDEZ, N.: “La noción de establecimiento permanente en los Tribunales: Las estructuras operativas mediante filiales comisionistas”, *Crónica tributaria* (2012), núm. 145º, p. 43.

no residente: ésta, en fin, vende directamente lo que antes su filial revendía, pero la erosión del beneficio gravable en el territorio suele ser apreciable<sup>27</sup>.

A raíz de estas argumentaciones, entendemos que no debiera de haber cabida para la consideración de la existencia de un EP al no ser ni más ni menos que una reorganización montada en un esquema que no se traduce en una verdadera alteración sustancial de las funciones, activos y riesgos de las entidades presentes en el Estado en cuestión.

Aunque realmente el análisis sobre si en realidad el comisionista, sea una entidad filial o no, debe calificarse como agente dependiente o independiente deberá basarse en un estudio comparado sobre las variables y principales elementos propios de la relación entre cada figura jurídica y su principal para considerar si estamos ante un establecimiento permanente o no. Entre los más relevantes destacamos los siguientes:

La dependencia tanto económica como jurídica del comisionista que actúa por cuenta de la empresa no residente. Destapando si sus actividades se encuentran dentro de su ejercicio normal de su actividad, (agente independiente) o si por el contrario, su actividad comercial está sujeta a órdenes e instrucciones por parte de la otra empresa (agente dependiente).

Si el riesgo asumido por el agente que representa a la principal (agente independiente) o si por el contrario, es soportado por la entidad no residente (agente dependiente).

○ si es capaz de vincular a la no residente en relación a terceros debido a sus actividades que lleva a cabo (agente dependiente).

Las funciones asumidas por el comisionista tras la reestructuración de las actividades empresariales son fundamentales para la consideración de si el mismo se puede calificar como establecimiento permanente o no.

## VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

A modo de conclusión, observamos como el trabajo ha comenzado ofreciendo un breve análisis de la evolución histórica del establecimiento permanente a fin de ser conscientes de la relevancia en el contexto de la fiscalidad internacional que asume el establecimiento permanente.

Posteriormente, el hecho de exponer la cláusula general del establecimiento permanente, o lo que es lo mismo, el establecimiento permanente tradicional

27 CARMONA FERNÁNDEZ, N.: "La noción", cit., p. 43.

como lugar fijo de negocios, permite posteriormente observar como el mismo es relativamente sencillo de detectar por parte de las Administraciones Tributarias de los Estados, sin que genere demasiadas dudas al respecto.

En contraposición se delimita la cláusula de agencia, deslindando los límites legales y características jurídicas tanto del agente dependiente como del agente independiente. Lo cual introduce el problema que es objeto de un polémico debate entre las autoridades fiscales y el sector privado.

La figura de la persona física comisionista o de las entidades filiales comisionistas protagonizan dicha discusión entre distintas doctrinas internacionales.

Es justo poner de manifiesto el derecho de las entidades a diseñar sus planificaciones fiscales internacionales del modo y forma que consideren conveniente, pero también lo es, el hecho de que el grado de justicia es dependiente del acatamiento en sentido estricto del cumplimiento de la normativa interna y convenida aplicable a cada supuesto.

Lo cierto es que en ocasiones las entidades multinacionales, como norma general, aprovechan posibles divergencias entre normativas de dos o más Estados, lagunas legales existentes en las jurisdicciones o la simple aplicación literal del tenor de la norma para confeccionar sus transacciones de la manera más ventajosa desde la perspectiva fiscal.

La utilización de la figura del comisionista en multitud de supuestos es un claro reflejo de esta situación, caracterizada por las decisiones, en ocasiones, sin fundamento de las Administraciones tributarias o Tribunales de los Estados que consideran a dicha figura como un agente dependiente.

Desde la perspectiva contraria, no deja de ser una realidad, el uso que las entidades multinacionales hacen de la figura del comisionista a sabiendas de las dificultades respecto a su merecida calificación, alegando que debe ser considerado como un agente independiente, y por consiguiente, no merece asumir la consideración de establecimiento permanente.

Finalmente, nos queda pronunciarnos en favor de los derechos del contribuyente y los principios tributarios internacionales. Por un lado, no debiera ser posible que determinadas lagunas en los ordenamientos jurídicos deriven en situaciones de incertidumbre o inseguridad jurídica en los contribuyentes. Por otro lado, tampoco debiera aceptarse las estrategias fiscales internacionales que simplemente se amparan en el tenor literal de la norma para disminuir la carga impositiva de las entidades.

Ante este escenario, parece que simplemente nos queda esperar que la jurisprudencia de los Tribunales de los Estados nos arroje algún rayo de luz para lidiar con la problemática presente, que se realicen cambios en las normativas interna o que se aclare por medio de modificaciones a nivel de convenio, en especial, en el Modelo de Convenio de la OCDE, ya que el mismo actúa como guía para la redacción de los convenios bilaterales firmados por Estados.

Desde la perspectiva empresarial, posibles cambios a favor de una asunción de la figura del comisionista como agente dependiente y por lo tanto como establecimiento permanente podría suponer una mayor carga tributaria, pero en cambio, el grado de certeza y seguridad jurídica obtenido tal vez fuese suficiente para compensar la incertidumbre y posibles actuaciones sin fundamento jurídico formuladas por las Autoridades Tributarias de los Estados.

## BIBLIOGRAFÍA

CALDERÓN CARRERO, J. M. Y RUÍZ GARCÍA J. R.: *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. A Coruña (2004): Fundación Pedro Barrie de la Maza.

CARMONA FERNÁNDEZ, N.: "La noción de establecimiento permanente en los tribunales: Las estructuras operativas mediante filiales comisionistas", *Crónica Tributaria* (2011), núm. 145°.

CARMONA FERNÁNDEZ, N.: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*. Madrid (2013): CISS.

CALVO BUEZAS, J.: "El concepto de establecimiento permanente y el comercio electrónico", *Instituto de Estudios Fiscales* (2008).

GARCÍA PRATS, F. A.: *El Establecimiento Permanente. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*. Madrid (1996): Tecnos.

GARCÍA PRATS, F.A.: "Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea", *Crónica Tributaria* (2005), núm. 117°.

GARCÍA-OLIAS JIMÉNEZ, C.: "El Concepto Tributarios de Establecimiento Permanente", *Actualidad jurídica Uría Menéndez* (2011), núm. Extra 1°.

LORENZO FERNÁNDEZ, A.M.: "Cláusula de agencia en el Modelo de Convenio de la OCDE", *Instituto de Estudios Fiscales*.

OCDE: *Model Tax Convention on Income and on Capital* (2010).

OCDE: *Revised Proposal Concerning the Interpretation and Application of Article 5* (2013).

ONU: *Model Tax Convention between Developed Countries and Developing Countries* (2011).

SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad Internacional* (2010). Madrid: Centro de Estudios Financieros.

SKAAR, A.: *Permanent Establishment Erosion of a Tax Treaty Principle*. Deventer (1991): Kluwer; Series on International Taxation.



PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO: EL NUEVO  
MONITORIO PENAL

*CONSENT DECREE PROCEDURE: THE NEW PAYMENT PROCESS*

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 290-299*



Ana Isabel  
BLANCO y Ana  
MONTESINOS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 10 de marzo de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** En el presente artículo vamos a analizar una de las importantes reformas introducidas por la nueva Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, la incorporación del denominado "proceso por aceptación de decreto" que reúne las características propias de un proceso monitorio, pero ahora en el orden penal.

**PALABRAS CLAVE:** Aceptación de decreto; proceso monitorio penal; agilización de la justicia.

**ABSTRACT:** This papers aims to analyse one of the important reforms introduced by the new Law 41/2015, of 5 October, that modifies the Criminal Procedure Law for the streamlining of the criminal justice and the strengthening of the guarantees in the criminal procedure. This reform is the incorporation of the so-called "consent decree procedure" that meets the requirements and characteristics of the order for payment procedure, but now in the criminal order.

**KEY WORDS:** consent decree; criminal payment procedure; streamlining of the justice.

**SUMARIO.-** I. Introducción de un nuevo proceso en el orden penal.- II. Contenido y finalidad del monitorio penal.- III. Naturaleza y ámbito de aplicación del proceso.- IV. Requisitos para su aplicación.- V. Contenido del “decreto de imposición de pena”.- VI. Procedimiento de tramitación del “decreto de imposición de pena”.- VII. A modo de conclusión.

---

## I. INTRODUCCIÓN DE UN NUEVO PROCESO EN EL ORDEN PENAL.

El año 2015 ha sido intenso, un año de reformas legislativas en pro de una mejora de la eficiencia del propio sistema de justicia. Con esta finalidad se han promulgado una serie de normas que buscan transformar el actual sistema judicial a través de medidas de agilización y optimización de los recursos económicos y humanos disponibles. Entre todas las medidas, que son cuantiosas, destaca la promulgación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, además de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que ha incorporado a nuestro ordenamiento un nuevo proceso, denominado “por aceptación de decreto”, que reúne características propias de un proceso monitorio (art. 803 bis LECrim).

Si bien estamos ante un proceso novedoso en nuestro sistema jurídico, no ha sido, sin embargo, desconocido en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno, donde ha alcanzado un relevante éxito<sup>1</sup>.

Así es, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha introducido este “Proceso por aceptación de decreto” como Título III dentro del Libro IV “De los procedimientos especiales” de la LECrim., pretendiendo agilizar la tramitación judicial de determinadas

---

1 ASENSIO MELLADO, J. M.: “Breve aproximación al proceso penal monitorio”, *Revista universitaria de Derecho Procesal*, núm. 2, 1989, p. 119.

### • Ana Isabel Blanco

Profesora ayudante doctor de Derecho Procesal en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universitat de València. Actualmente es coordinadora de la Sección de “Derecho Procesal Penal” del Instituto de Derecho Iberoamericano y trabaja en temas relacionados con la protección del consumidor, la responsabilidad de las entidades de crédito y el estatuto de la víctima del delito. Correo electrónico: A.Isabel.Blanco@uv.es.

### • Ana Montesinos García

Profesora contratada Ramón y Cajal de Derecho Procesal en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universitat de València. Autora de numerosas publicaciones en materia de Derecho procesal penal, destacando la monografía sobre “La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal”, de la editorial Marcial Pons. Correo electrónico: Ana.Montesinos@uv.es

causas sencillas por delitos de escasa gravedad cuya sanción pueda quedar en multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

## II. CONTENIDO Y FINALIDAD DEL MONITORIO PENAL.

La reforma del funcionamiento de la justicia penal y, por ende, de la Ley 41/2015, tiene como objetivo el establecimiento de medidas de agilización para garantizar el acceso del ciudadano a una tutela judicial efectiva, para lo cual ha previsto un nuevo cauce de resolución anticipada de las causas penales para delitos de menor entidad, aplicable con independencia del procedimiento que les corresponda. Con esta reforma se brinda la posibilidad de que el Ministerio Fiscal formule la solicitud de la sentencia y pena correspondiente en la temprana fase de diligencias de investigación.

Así las cosas, este proceso monitorio permite la conversión de una propuesta sancionadora efectuada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme cuando se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el nuevo art. 803 bis LECrim y el encausado preste su conformidad, con preceptiva asistencia letrada. Aunque este nuevo proceso presenta sus ventajas, es importante saber que el ordenamiento español brindaba esta posibilidad de conformarse en fase de instrucción a través del sistema de los juicios rápidos, si bien quedaban algunos supuestos fuera de este tipo de procesos, convirtiéndose el monitorio en una vía factible de acceso a una tutela judicial efectiva. Ahora bien, el ámbito de aplicación de este monitorio es diferente, aunque compatible, con el de los juicios rápidos, tal como señala BARONA VILAR<sup>2</sup>.

En definitiva, la finalidad principal de este proceso reside en adelantar en el tiempo la terminación del proceso por razones de economía procesal, prescindiéndose con ello de la fase de juicio oral e incluso de las actuaciones correspondientes a la fase de instrucción.

## III. NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCESO

El nuevo proceso por aceptación de decreto es un proceso especial de naturaleza monitoria, tanto respecto de su tramitación, naturaleza y procedimiento de obtención de título, como de su ámbito de aplicación<sup>3</sup>.

Existe, pues, una clara manifestación del principio de oportunidad, cuyo ámbito de aplicación queda constreñido a aquellos supuestos en los que existe un pronunciamiento del Ministerio Fiscal y una aceptación del investigado de la pena propuesta, pero también de la responsabilidad civil derivada de la comisión del hecho delictivo. Al respecto, cabe tener en cuenta que no resulta de aplicación para

2 BARONA VILAR, S.: "El proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y el proceso por aceptación de decreto", en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 608.

3 Ídem.

todos los tipos penales, sino solo a delitos tales como el hurto, la omisión del deber de socorro, la apropiación indebida leve o algunos delitos contra la seguridad vial.

En este proceso, juntamente con el ejercicio de la acción penal, resulta posible acumular la acción civil dirigida a la obtención de la restitución de la cosa y la indemnización de los perjuicios, de acuerdo con lo expresado en el art. 803 bis b) de la LECrim, de cuyos términos se puede concluir que pueden ser objeto de este proceso tanto los supuestos en los que el hecho delictivo lleve aparejada la imposición de una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, una pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, como aquéllos en los que a pesar de que el código penal imponga una pena privativa de libertad, ésta pueda suspenderse y ser sustituida por una de estas penas.

En consecuencia, autorizado judicialmente el decreto de propuesta y aceptado por el encausado, se le otorga el carácter de resolución firme con todos los efectos propios de una sentencia condenatoria y, por tanto, plena fuerza de cosa juzgada. Ahora bien, si el encausado no acepta la pena fijada por el Ministerio Fiscal, la causa proseguirá por el cauce que corresponda, eludiéndose este nuevo monitorio penal.

Autores como CASTILLEJO consideran que se trata de un nuevo modelo de conformidad en fase de instrucción previsto única y exclusivamente para determinados delitos de escasa gravedad<sup>4</sup>, si bien no todo ilícito penal que recaiga en el ámbito de aplicación de este procedimiento por razón de la pena imponer, deba ser ventilado por esta vía, sino tan sólo aquéllos en los que estén suficientemente acreditados tanto el hecho punible como la participación de su autor<sup>5</sup>.

#### IV. REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN.

El art. 803 bis. a) de la LECrim establece los requisitos que deben cumplirse para permitir la derivación del asunto al nuevo procedimiento por aceptación de decreto y, por tanto, la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme, distinguiéndose entre requisitos objetivo, subjetivo y temporal.

Requisito objetivo: Este requisito refiere de la pena a imponer por la comisión del delito. Así pues, el delito debe estar castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el art. 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y

4 CASTILLEJO MANZANARES, R.: "Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto", *Diario La Ley*, núm. 8544, Sección Doctrina, 21 de mayo de 2015, p. 9.

5 CASTILLEJO MANZANARES, R.: "Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto", cit., p. 11.

ciclomotores. El referido precepto recoge las condiciones que deben operar para proceder a la suspensión de la ejecución de la pena: primera, que el condenado no tenga antecedentes penales, esto es, que sea la primera vez que delinque; segunda, la pena(s) impuesta(s) no debe(n) ser superior a dos años, sin incluir en dicho cómputo la pena derivada del impago de la multa y, tercera, que la responsabilidad civil hubiera sido satisfecha por el condenado, además de haberse hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia, de acuerdo con los términos del art. 127 del CP.

No obstante, de forma excepcional y sin que deban concurrir las dos primeras condiciones, salvo que se trate de reos habituales, cabe la posibilidad de suspender la pena de prisión que no exceda de los dos años en caso de que las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

Pero también cabe esta suspensión en aquellos casos en los que la pena privativa de libertad no supere los cinco años pero el hecho delictivo hubiera sido cometido bajo una situación de dependencia a las sustancias señaladas en el art. 20.2 del CP. Ahora bien, esta dependencia debe quedar suficientemente certificada por un centro o servicio, de naturaleza pública o privada, debidamente acreditado u homologado, y donde se indique que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

Finalmente, cabe la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo (art. 80, párrafos 3º, 4º y 5º del CP).

Requisito subjetivo de la figura del Ministerio Fiscal: Aun cuando se contempla la prisión como pena de los delitos, cabe acudir al nuevo proceso monitorio en aquellos casos en los que el Ministerio Fiscal considere que la pena aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Requisito subjetivo de las partes: a semejanza de lo que sucede en los juicios rápidos, para aceptar este nuevo proceso y todas sus consecuencias que del mismo se derivan, se exige que solamente se haya personado como parte acusadora el Ministerio Fiscal, esto es, no cabe la concurrencia en el proceso de acusación particular o popular. La razón de esta exclusión radica en la propia esencia del proceso, es decir, en la finalidad de agilizar la justicia. Así las cosas, la intervención de acusador popular o de acusador particular ralentizaría la rapidez en la tramitación perseguida en este proceso, siendo que sería exigible la garantía del efectivo cumplimiento del contradictorio que se ha tratado de evitar con el nuevo proceso.

Requisito temporal: el momento procesal adecuado para que pueda realizarse esta aceptación por decreto se produce, a instancia del Ministerio Fiscal, en la fase de diligencias de investigación o incoado el procedimiento judicial siempre con el límite de la finalización de la fase de instrucción.

## V. CONTENIDO DEL “DECRETO DE IMPOSICIÓN DE PENA”.

El proceso penal monitorio responde a una *conditio sine qua non*: la posición proclive hacia el mismo por el Ministerio Fiscal<sup>6</sup>, reflejo del mayor refuerzo del papel de instructor del Ministerio Fiscal, donde éste decide si el hecho criminal y la pena aplicable pueden reconducirse por este cauce, formulando para ello el “decreto de imposición de pena”.

El art. 803 bis c) de la LECrim regula el contenido del decreto de propuesta de imposición de pena que emite el Ministerio Fiscal, a saber:

Identificación del investigado, a quien se le imputan determinados hechos y a quien se le proponen una pena.

Descripción del hecho punible, debiendo ser uno de los supuestos contemplados en la ley para este proceso.

Indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente.

Motivación de las razones o casusas por las que se entiende que la pena de prisión correspondiente al hecho punible puede ser sustituida.

Propuesta de penas aplicables. Es posible sustituir la pena privativa de libertad por una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, reducida hasta en un tercio respecto de la legalmente prevista, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.

Petición de restitución e indemnización civil subsidiaria, en caso de que el Ministerio Fiscal así lo manifieste.

## VI. PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN DEL “DECRETO DE IMPOSICIÓN DE PENA”.

Indicado *supra*, para la tramitación del proceso por aceptación de decreto no se ha fijado un momento procesal puntual, pues puede incoarse por el Ministerio

6 BARONA VILAR, S.: “El proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y el proceso por aceptación de decreto”, cit., p. 610.

Fiscal en cualquier momento después de iniciadas las diligencias de investigación o el procedimiento judicial y siempre hasta la finalización de la fase de instrucción, con independencia de si se ha producido el llamamiento al investigado para declarar [art. 803 bis a) LECrim]. En este sentido, el control del juez es meramente formal, a diferencia de lo que sucede en ordenamientos de nuestro entorno como Alemania, donde el juez competente goza de amplias facultades decisorias, pudiendo desde aceptar la propuesta emitida por el Ministerio Fiscal y dictar resolución en este sentido hasta discrepar de la calificación jurídica de los hechos efectuada en la petición de monitorio<sup>7</sup>.

Iniciado este nuevo proceso monitorio penal, es necesario remitir el decreto de imposición de pena con la propuesta del Ministerio Fiscal al Juzgado de Instrucción, quien evaluará si el hecho punible cumple cumulativamente los tres requisitos que se exigen para que se pueda seguir este proceso y que vienen regulados en el art. 803 bis a) de la LECrim. -no haber delinquirado con anterioridad, que el global de las penas no exceda de los dos años y que se haya satisfecho la responsabilidad civil derivada-.

En caso de que estos tres requisitos se cumplan, el Juzgado de Instrucción competente autorizará mediante auto el decreto de imposición de pena y, por ende, la continuación de este cauce procedimental. Por el contrario, en caso de no cumplirse con alguno de estos requisitos, el Juzgado de Instrucción no rechazará el decreto, dejándolo sin efecto de acuerdo con el art. 803 bis e) de la LECrim y continuando el proceso por los trámites pertinentes. Contra esta decisión judicial no cabe recurso alguno.

El auto de autorización del Juzgado de Instrucción del decreto de imposición de pena debe ser notificado al acusado de conformidad con el art. 803 bis f) de la LECrim, debiendo citar (al encausado) para su comparecencia ante el tribunal en la fecha señalada en la misma. Por tanto, estamos ante dos actos de comunicación -la notificación del auto de autorización y la citación de comparecencia-, con distintos objetivos. La notificación cumple la función de dar noticia al encausado del decreto, mientras que la citación trata de conminar al encausado para que comparezca ante el órgano judicial en la fecha indicada.

Asimismo, en la notificación no solo se le informa al encausado de la autorización para desarrollar el monitorio, sino también de la finalidad de la comparecencia a la que se le cita, de la preceptiva asistencia de letrado para su celebración, así como de los efectos de su incomparecencia o, caso de comparecer, de su derecho a aceptar o rechazar la propuesta contenida en el decreto. De igual forma, será informado de que, en caso de no encontrarse defendido por letrado en la causa, debe asesorarse con un abogado de confianza o solicitar un abogado de oficio en el término de

7 CASTILLO MANZANARES, R.: "Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto", cit., p. 12.

cinco días hábiles antes de la fecha para la que esté señalada la comparecencia (art. 803.2 bis f).

Esta es una muestra más de que la agilización de este proceso no conlleva una merma de las garantías y derechos del encausado. De hecho, si el encausado comparece sin la preceptiva asistencia de letrado, se suspenderá la comparecencia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 746 de la LECrim -suspensión del juicio oral-, señalando por ello nueva fecha para su celebración.

El nuevo art. 803 bis h) de la LECrim regula la comparecencia, para la que se requiere la asistencia de letrado, garantizándose no solo su derecho de defensa sino también el principio de audiencia al disponer de la oportunidad de ser oído, así como que comprende tanto el significado de la propuesta del fiscal como de los efectos que acarrea su aceptación, que debe ser absoluta, sin condicionamientos o plazos para la aceptación o rechazo de la propuesta de pena del Ministerio Fiscal. Por el contrario, en caso de que el encausado no comparezca o rechace la propuesta, ésta quedará sin efecto y el proceso continuará por el cauce ordinario, sin que tampoco el Ministerio Fiscal se encuentre vinculado por lo dispuesto en el decreto a efectos de la continuación de la causa, pero tampoco puede derivarse de esta decisión ninguna consecuencia negativa o perjuicio para el encausado.

Es importante indicar que la comparecencia debe ser registrada íntegramente por medios audiovisuales, documentándose conforme a las reglas generales en caso de imposibilidad material, de conformidad con el art. 803 bis.4 h) de la LECrim.

Para el caso en que el encausado acepte la propuesta de pena en todos sus términos, el Juzgado de Instrucción le atribuirá el carácter de resolución judicial firme, que en un plazo de tres días documentará en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria, poniendo fin a este nuevo proceso. Dado que estamos ante una conformidad, esta sentencia de condena es irrecurrible, además de constituir título ejecutivo como resolución judicial firme.

No contempla el legislador, sin embargo, el supuesto en el que son varios los encausados y tan solo uno de ellos acepta el decreto de propuesta mientras que el resto decide oponerse al mismo. En este caso, consideramos que la aquiescencia de uno de ellos no tiene por qué extenderse al resto, de modo que el procedimiento continuará para quienes han formulado la oposición por el cauce que se estime oportuno dependiendo de las circunstancias del caso.

Tratándose de un título ejecutivo, la ley debería haber contemplado las consecuencias del incumplimiento de la pena impuesta. Pues bien, consideramos que, por ejemplo, el impago de la multa económica debiera conllevar la apertura de la vía de apremio y, en caso de incumplimiento también por esta vía, sujetar la

multa a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente o incluso trabajos en beneficio de la comunidad. Por otra parte, en el supuesto en el que la pena de prisión (inferior a un año) impuesta hubiere quedado suspendida de conformidad con lo dispuesto en el art. 80 CP, y en su lugar se hubiere establecido otra pena, la consecuencia de su incumplimiento habría de conllevar ineludiblemente el cumplimiento de la pena de prisión inicial.

## **VII.A MODO DE CONCLUSIÓN.**

Estamos ante un proceso nuevo en el orden penal que, sin duda, va a contribuir a la agilización de la justicia mediante la tramitación rápida de determinados delitos de escasa gravedad, mientras quedan garantizados todos los derechos del encausado, así como las garantías procesales, gracias a la exigencia de la preceptiva asistencia letrada y a la posibilidad de renuncia del decreto de imposición de penal impuesto por el Ministerio Fiscal.

No obstante, debemos ser cautelosos en la aplicación efectiva de este monitorio penal, pues deben adoptarse cautelas para evitar que el proceso se convierta en el medio utilizado por el encausado para evitar los efectos perjudiciales de un juicio ordinario y público, beneficiándose así de una pena más ventajosa o menos gravosa.

Con todo, estamos ante un avance en nuestro sistema de justicia penal que, a buen seguro, no solo descongestionará los tribunales, sino que también garantizará una justicia ágil y eficaz en determinadas causas penales.

**PROBLEMÁTICA CIRCUNDANTE A LA ENTRADA EN VIGOR  
DE LEXNET**

***PROBLEMS RELATES TO ENTRY INTO FORCE OF LEXNET***

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 300-311*



María José  
CATALÁN  
CHAMORRO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 18 de febrero de 2015

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** La entrada en vigor del Real Decreto 1065/2015 ha revolucionado en el primer trimestre de 2016 la vida diaria de todos los operadores del Derecho que mantienen relaciones con la Administración de justicia. Una apresurada implantación de un sistema complejo que ha suscitado muchas cuestiones que en este trabajo queremos poner de relieve.

**PALABRAS CLAVE:** LexNET, Administración de Justicia, Real Decreto 1065/2015, administración telemática.

**ABSTRACT:** The entry into force of the Royal Decree-law 1065/2015 has revolutionized daily life in the fields of Lawyers and justice system in the first quarter of 2016. We must use this law in a hurry and this is causing practical problems that we want to emphasise in this paper.

**KEY WORDS:** LexNET, administration of justice, Royal Decree-law 1065/2015, telematics administration.

**SUMARIO.-** I. Introducción.- II. Dificultades desde la base administrativa el Estado.- III. LexNET, ¿sistema independiente o dependiente?.- IV. Nuevo escenario necesario.- V. Problemas con la firma digital.- VI. Acortar tiempos a golpe de BOE.- VII. LexNET a dos velocidades.- VIII. Disfunciones en el sistema de notificación.- IX. La paradoja del papel 0 convertido en el Sistema del doble papel.- X. Brecha digital.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

Las nuevas tecnologías se han convertido en un camino que forzosamente hemos de recorrer, sin posibilidad de tomar salidas alternativas, pues hoy se impone la eficiencia, la eficacia, la productividad y la rapidez que tan solo la tecnología nos puede proporcionar. El ser humano no está capacitado para estar en funcionamiento las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana y, por ello, las nuevas tecnologías han venido a ayudarnos en esta ardua tarea. Bueno o malo, beneficioso o perjudicial para la sociedad, la inserción del concepto 24x7 en todos los servicios públicos y privados es ya un paso ineludible al que nos vemos abocados.

Es nuestra pretensión en este trabajo exponer aquellas ventajas y desventajas que en el ámbito de la Justicia nos ha proporcionado el novedoso para algunos, anticuado para otros, sistema LexNET e igualmente, tratamos de dar una visión general de los contratiempos con los que los usuarios de LexNET se han encontrado. El Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET, ha impuesto su utilización, sin más moratorias, desde el pasado 1 de enero de 2016, a todos los operadores del Derecho, naciendo junto con esta obligación un variado catálogo de problemas técnicos en su uso. No obstante, estamos esperanzados de que esto sea tan solo fruto de los primeros pasos del sistema LexNET y las vicisitudes aquí enumeradas sean solventadas más pronto que tarde.

Este catálogo de incidencias no tiene otro objetivo más que llamar la atención de las problemática con la intención de que sean solucionadas para mejorar el sistema judicial español.

### • **María José Catalán Chamorro**

Contratada Predoctoral FPI-MINECO. Proyecto DER2013-44749-R, en el área de Derecho Procesal en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universitat de València. Actualmente es coordinadora de la Sección de "Derecho Procesal Civil" del Instituto de Derecho Iberoamericano y trabaja en temas relacionados con la protección del consumidor; resolución alternativa de conflictos de consumo, resolución de conflictos de consumo en línea, justicia en línea y acceso a la justicia. Correo electrónico: María.Jose.Catalan@uv.es.

El citado supra, sistema LexNET, no es para nada algo novedoso ni original para los operadores del Derecho, pues está operativo desde el Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones LexNET para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos. Sus usuarios previos al nuevo Real Decreto 1065/2015, predominantemente procuradores que recibían las notificaciones a través de estos buzones virtuales, acusaban ya en el 2007 que este sistema había nacido viejo y anticuado, siendo por ello por lo que algunos operadores lo denominan el antiguo LexNET. Aunque debemos de poner de manifiesto que se han realizado algunos cambios en la interfaz de la "nueva" LexNET haciéndola más sencilla y atractiva para su uso.

En los últimos meses de la X legislatura de la democracia española, el Ministerio de Justicia ha decidido dar el impulso definitivo al sistema LexNET. Esto se ha ejecutado mediante la entrada en vigor del citado Real Decreto 1065/2015 sin tiempo suficiente para adaptar los medios físicos y humanos necesarios para una apacible implantación. Esta premura en los plazos ha conllevado multitud de contratiempos y percances en la actividad diaria de los juzgados de toda España.

## II. DIFICULTADES DESDE LA BASE ADMINISTRATIVA EL ESTADO.

Como bien proclama el artículo 1 del Real Decreto 1065/2015, este viene a desarrollar la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, en lo que concierne a "las comunicaciones y notificaciones electrónicas, así como a la presentación electrónica de escritos, documentos u otros medios o instrumentos y al traslado de copias, en el ámbito de la competencia del Ministerio de Justicia y sin perjuicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas". Esta redacción apenas difiere en nada sobre lo que ya anunciaba hace casi una década el Real Decreto 84/2007 que le precedió, salvo *in fine* cuando asume las competencias en materia de justicia contraídas por algunas CC.AA.

Ello por cuanto que desde aquel Real Decreto 84/2007 han sido muchos los sistemas de comunicación telemática con la Administración de Justicia, quizá demasiados, los que se han implantado en estos últimos años en diferentes CC.AA. Podemos citar el portal Adriano en Andalucía, Cicerone en la Comunidad Valenciana, Minerva-NOJ en Baleares, Castilla-León, Castilla-La Mancha, Ceuta, Extremadura, Melilla, Murcia, Aragón y Asturias, Atlante II en Canarias, Minerva/Libra en Madrid, Cantabria, Galicia y La Rioja, Dictum en Navarra, Justicia.cat en Cataluña, Justizia Bat en País Vasco, entre otros. Así como SIRAJ, que es el Sistema Integrado de Registros Administrativos de Apoyo a la Actividad Judicial y Fortuny para los fiscales.

En este escenario complejo, no solo técnico e informático sino también legislativo, entra en juego LexNET, que pretendía inter-operar desde el primer día y con éxito rotundo en esta bacanal. Por ello, estos meses están siendo difíciles para el normal funcionamiento de los juzgados de todo el país. Donde las numerosas incompatibilidades entre las aplicaciones informáticas comentadas dificultan su funcionamiento con la exactitud necesaria para evitar una pérdida en las garantías procesales que asisten a la ciudadanía en la obtención de una tutela judicial efectiva.

Fiscalía, Secretarios Judiciales, Magistrados, Decanos de los Colegios de Abogados y Procuradores de toda la geografía española han apuntado los peligros que esta mala implantación del sistema LexNET, pueden suscitar. Estos fallos podrían atentar directamente contra el Derecho de acceso a la justicia con todas las garantías y los principios constitucionales de seguridad jurídica y legalidad que asisten a los ciudadanos.

Así mismo, alertan sobre la posible responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como consecuencia del funcionamiento irregular de los servicios judiciales que se constituyen dentro de la estructura de la Administración de Justicia, reconocidos estos en el Título V “*De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*” de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Por esta razón, ha sido solicitada la suspensión de la aplicación del citado Real Decreto 1065/2015 o al menos una moratoria a la aplicación del mismo por diferentes colectivos de operadores del Derecho afectado<sup>1</sup>, obteniendo siempre a todas y cada una de las cuestiones planteadas una respuesta negativa y rotunda del Ejecutivo en funciones.

Son varios los colectivos que abogan por una implantación progresiva, de forma escalonada, por cada uno de los cuerpos que están obligados a la utilización del sistema. No obstante, si pudiésemos optar por una solución salomónica, es decir, favorable para los operadores del Derecho con problemas técnicos para la utilización de LexNET y para el Ejecutivo en su acertada voluntad de mejorar e implantar lo antes posible el sistema LexNET, podríamos optar por la posibilidad de dar entrada a los documentos en papel en los juzgados, siempre que se adjunten las pruebas del reporte de la incidencia en el sistema. Así es, se procedería de forma similar a la moratoria llevada a cabo por el juez decano en la Comunidad Autónoma de Madrid, debido a que en los juzgados no se contaba con los medios técnicos pertinentes para la recepción de escritos a través de LexNET, no disponiendo ni de doble pantalla ni de teclados con lector de tarjetas.

<sup>1</sup> Sindicato de Secretarios Judiciales (SISE), Sector de la Administración de Justicia de FSC-CCOO, colegios de Procuradores de Sevilla y Málaga y el Consejo Andaluz de Abogados. Fuente Noticias Jurídicas día 10 de Febrero de 2016: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10858-se-acumulan-las-solicitudes-de-moratoria-sobre-la-puesta-en-marcha-de-lexnet/> visitada día 4/4/2016.

De este modo podríamos ser conscientes de toda la problemática técnica e informática que este sistema nos plantea para la mejora del sistema LexNET, para conocer con más detalle el grado de errores que está suscitando este sistema, puesto que hemos encontrado datos contradictorios al respecto entre los ofrecidos por el Poder Ejecutivo y por los usuarios de LexNET. Así mismo los ciudadanos seguirían manteniendo todas sus garantías y sus Derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva intactos, amén de evitar las reclamaciones por responsabilidad patrimonial derivadas del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que no solo irán en detrimento de las arcas públicas, sino también en aumento de la desconfianza de la ciudadanía hacia la Administración de Justicia, obteniendo de este modo los efectos directamente antitéticos a los que inspiran e impulsan el sistema LexNET.

### III. LEXNET, ¿SISTEMA INDEPENDIENTE O DEPENDIENTE?

Una de las cuestiones más comentadas ha surgido a la luz de la dependencia directa y del control del sistema LexNET por el Ministerio de Justicia en lo relativo a una posible afectación de los ámbitos de la independencia judicial, la seguridad y la privacidad de las comunicaciones. La necesidad de que este sistema esté bajo el control y la supervisión del máximo órgano de los jueces viene dada por la naturaleza jurídica intrínseca y las funciones del CGPJ, pues es el encargado de velar por la independencia entre el Poder Judicial y del Poder Ejecutivo.

Esta situación no es baladí, pues las facultades que el control y la gestión del sistema LexNET da a quien lo controla y supervisa son *a priori* muy amplios. El control de este sistema por parte del Ministerio de Justicia, podría estar concediendo a esta institución del Poder Ejecutivo, la posibilidad de revisar notificaciones, sentencias, autos, escritos de demandas, querellas, aportación de pruebas, etc. de casos que se encuentran *sub índice*. De modo que una filtración de esta información puede afectar a interesados en la causa, al propio proceso judicial, al secreto de las comunicaciones, a la seguridad en las causas judiciales, así como a la independencia del Poder Judicial. A pesar de todas las críticas recibidas, el Ejecutivo ha desoído totalmente estas peticiones<sup>2</sup>.

Por lo tanto, nos encontramos ante una situación gravísima. Por un lado, en cuanto a la independencia del Poder Judicial, en una injerencia directa del Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial, así como una violación de los derechos y principios que asisten al mismo. Y, por otro lado, al secreto de las comunicaciones y el deber de la protección de datos del Poder Judicial con la ciudadanía.

2 Catalá rechaza la moratoria en LexNET: "Es un camino sin retorno" Publicado por EUROPA PRESS 8 de marzo de 2016.

Este sistema LexNET podría ser utilizado de forma perversa por aquellos controladores del mismo y por ello ha de ser una prioridad a solventar en el plazo más breve posible, con el fin de otorgar las máximas garantías en el desarrollo de este proyecto.

#### IV. NUEVO ESCENARIO NECESARIO.

Así las cosas, se ha dibujado un nuevo escenario procesal a la hora de la presentación de demandas, querellas y demás documentación en juzgados, así como de la recepción de las notificaciones. En definitiva, se trata de una nueva forma de relacionarse con la Administración de Justicia por parte de los operadores del Derecho y, a partir de 2017 también para los ciudadanos que legislativa o reglamentariamente queden compelidos a su uso, a tenor de la Disposición final cuarta del citado Real Decreto<sup>3</sup>.

Entre las quejas más reiteradas por parte de los usuarios de LexNET encontramos las dificultades técnicas, fundamentalmente las que respectan al envío de la documentación de una causa al juzgado.

Por un lado, encontramos que el sistema LexNET tiene un máximo de capacidad de 10 Mb de envío, capacidad que se queda lejos de las necesidades de los operadores y de abogados y procuradores.

En aquellos casos en los que la presentación de la causa supere los 10Mb habilitados, se encuentran con una doble de tarea a tenor del artículo 16 del Real Decreto comentado. Por un lado, deberán presentar únicamente el escrito a través del sistema LexNET y, por otro, presentar el resto de la documentación junto con el formulario normalizado con el detalle o índice comprensivo del número, orden y descripción somera del contenido de cada uno de los documentos, así como el acuse de recibo del envío emitido por el sistema.

Este formulario ha de tener una forma muy estricta al tener que cumplir con lo previsto por la Resolución de 15 de diciembre de 2015, de la Secretaría General de la Administración de Justicia, por la que se aprueba el modelo de formulario normalizado previsto en el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET. De este formulario se destaca por los operadores lo tedioso de su navegación sobre el mismo y el incremento considerable del tiempo necesario para registrar cualquier escrito.

3 Proyecto muy interesante el planteado en Reino Unido sobre la creación de juzgados en línea donde se combinarán la resolución alternativa de litigios mediante mediación y arbitraje en línea, con los juicios en línea hasta 10.000 libras. Disponible en <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/01/CCSR-interim-report-dec-15-final-31.pdf> visitado el día 25 de Abril de 2016.

Toda la documentación debe presentarse en soporte digital o en cualquier otro tipo de medio electrónico accesible para los órganos y oficinas judiciales (fundamentalmente en CDs o pendrives), durante ese día o el día hábil inmediatamente posterior a la fecha de realización del envío principal, en el órgano u oficina judicial o fiscal correspondiente.

Esta tediosa forma de envío no lo es solo para abogados y procuradores, sino también para el personal laboral de la Administración de Justicia, pues estos manifiestan su descontento con esta forma de recepción. Por un lado, recibirán telemáticamente el escrito y por el otro, deberán de esperar y buscar *a posteriori* la documentación que le acompaña a la causa, amén de los peligros que esto conlleva en cuanto a la pérdida de documentos.

Esta capacidad limitada de envío es uno de los mayores escollos técnicos a los que nos enfrentamos, pues estamos duplicando el trabajo tanto de abogados y procuradores como del personal de la Administración de Justicia. Ahora bien, este modelo normalizado no requiere más que el tiempo de adaptación a un nuevo ítem procesal, que sin duda será beneficioso, no solo para abogados y procuradores que tendrán sus causas más sistematizadas y ordenadas, sino también para jueces y fiscales que tendrán toda la documentación relativa a un caso informatizada en una sola carpeta, evitando así las imágenes dantescas de papel apilado en los juzgados de toda España.

## V. PROBLEMAS CON LA FIRMA DIGITAL.

Por otro lado, es menester apuntar las reclamaciones en términos de tiempo que está recibiendo la firma digital. La firma electrónica constituye un elemento imprescindible en el procedimiento de envío y recepción de LexNET para todos los operadores que trabajan en la causa, tanto de la Administración de Justicia como para abogados y procuradores, pues es la única forma de validación del firmante tal y como dispone el artículo 6 del Real Decreto citado.

Sin embargo, no solo nos enfrentamos a la problemática de la lentitud en la firma, puesto que en la mayoría de casos hacen invertir más del cuádruple del tiempo precisado anteriormente para una firma en papel al personal laboral de la Administración de Justicia, sino que también nos encontramos una vez más con problemas de base como oficinas judiciales o juzgados en los que solo algunos de sus miembros saben o están acreditados para utilizar la firma electrónica. Igualmente, hay abogados a los que el sistema, por incidencias técnicas, no les permite firmar un documento que ha de enviarse, perjudicando los plazos. Estos son solo algunos ejemplos de la variada problemática que está acarreado la firma digital en los juzgados de todo el país.

## VI. ACORTAR TIEMPOS A GOLPE DE BOE.

Hemos de reparar en que la imagen que se arrastra de papel acumulado en los juzgados no puede experimentar una pronta metamorfosis solo a golpe de norma; norma cuya vida es todavía muy incipiente. La obligación de implantar, antes del 7 de julio de 2016, en todas las administraciones con competencias en materia de Justicia, la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales como establece la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, constituye hoy por hoy en la gran mayoría de juzgados una misión casi imposible.

En este sentido, la fiscalía también alerta de la sobrecarga de trabajo que soportan los Oficios procedentes de la Inspección Fiscal y la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado en relación con el plan de control de las causas. Aunque se hayan nombrado Fiscales Sustitutos de refuerzo, sigue siendo un objetivo inasequible para la mayoría de juzgados, poniéndose de manifiesto que en este ámbito se precisa mayor inversión en recursos humanos. En consecuencia, queda demostrado que no basta solo con incluir una previsión legal que acorte plazos, sino que deben ponerse los medios materiales y personales necesarios para hacer cumplir las leyes que se dictan con todas las garantías de éxito.

## VII. LEXNET A DOS VELOCIDADES.

Existen también demandas sobre una posible vulneración del principio de neutralidad tecnológica. Podemos hablar de un LexNET a dos velocidades. Por un lado, LexNET justicia, plataforma matriz y perteneciente al Ministerio de Justicia y, por otro, LexNET abogacía, plataforma habilitada para los abogados por la Red de Abogacía española. Por lo tanto, dependiendo del Colegio Profesional al que se pertenezca, se ostentará unas facultades u otras. Con la salvedad de que los abogados podrán utilizar ambas plataformas, LexNET abogacía mediante el carnet colegial con firma ACA y LexNET justicia mediante el DNI-e del profesional.

LexNET justicia tiene como ventaja la identificación a través del DNI electrónico y del certificado de la FNMT, siempre que tengamos éste insertado en una tarjeta inteligente. Igualmente parece que a través de LexNET justicia es más rápida la recepción de notificaciones, por cuanto realiza más sincronizaciones que LexNET abogacía, que suele hacer una media de dos o tres sincronizaciones diarias.

A pesar de ser el sistema matriz, LexNET justicia está en estos momentos menos desarrollado tecnológicamente que LexNET abogacía. Esta es la única que funciona con otros sistemas operativos como Linux o iOS, mientras que LexNET justicia tan solo opera con Windows. Del mismo modo, LexNET abogacía también beneficia a sus usuarios con una interfaz más sencilla, con función de autocompletar campos

como número o tipo de asunto, juzgado competente, etc., funciones no disponibles en LexNET justicia<sup>4</sup>.

## VIII. DISFUNCIONES EN EL SISTEMA DE NOTIFICACIÓN.

Esta nueva legislación hace no solo obligatorio el hecho de utilizar LexNET para el envío de documentación a la Administración de Justicia, sino también para su recepción. Abogados y procuradores cuentan con un plazo de 3 días para recibir la notificación de la recepción de documentación, pudiendo aceptarla y descargarla. Pasados esos 3 días se da por entregada, aunque el abogado o procurador no la hayan abierto.

Algunos profesionales se quejan, por ejemplo, de notificaciones recibidas un viernes al mediodía, por lo que si el profesional no comprueba su buzón de notificaciones durante el fin de semana, puede empezar a contar un plazo breve para la presentación de algún escrito, mermando los derechos de defensa de su cliente.

Una queja significativa a este respecto es el no reconocimiento por este sistema de vacaciones de los profesionales, bajas por enfermedad, maternidad, paternidad o duelos por fallecimiento de familiares de los profesionales, pues trabaja 24x7. Bien es cierto que se permite como medida paliativa a esta situación, el nombramiento de un sustituto en virtud del artículo 19 del Real Decreto 1065/2017, empero, la realidad es que la en la mayoría de casos los profesionales no cuentan con este recurso de personal, ya que suelen trabajar en solitario.

A diferencia de LexNET, la Agencia Tributaria permite los llamados días de cortesía, donde los profesionales que, obligada o voluntariamente, estén acogidos al sistema de notificaciones electrónicas ostentan un máximo de 30 días en cada año natural durante los que la Agencia no podrá poner notificaciones a su disposición en el sistema de Dirección Electrónica Habilitada (DEH).

Esta facultad casa mal con la actividad diaria de los juzgados, pero si tendremos que encontrar la fórmula para que el funcionamiento 24x7 de la tecnología no rompa con la conciliación de la vida personal y familiar de nuestros profesionales.

La fiscalía también identifica problemas en el funcionamiento del sistema de notificaciones LexNET, ya que por el momento no tienen acceso al mismo. LexNET es incompatible con el programa informático que utiliza la fiscalía, anteriormente

---

<sup>4</sup> Fuente web del Ministerio de Justicia habilitada para preguntas frecuentes LexNET: [https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/informacion\\_institucional/modernizacion/modernizacion\\_tecnologica/infolexnet/faqs/tecnicas/instalacion!/ut/p/c4/04\\_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3g\\_A1cjCydDRwMLY2cTA08ndwtrjw9XQwMTI\\_2CbEdFAMdir50!](https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/informacion_institucional/modernizacion/modernizacion_tecnologica/infolexnet/faqs/tecnicas/instalacion!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3g_A1cjCydDRwMLY2cTA08ndwtrjw9XQwMTI_2CbEdFAMdir50!) visitada el día 4 de Abril de 20162016.

denominado *Fortunity*. Esto hace que los fiscales no puedan ser notificados electrónicamente, sino en papel, con lo que en ocasiones se están encontrando con demoras de 15 días de diferencia con el resto de las partes en la notificación. Esta disfunción afecta no solo a la fiscalía sino también al resto de partes en sus recursos. Es por ello que la Fiscalía General del Estado ha redactado un informe al Ejecutivo, filtrado a la prensa, solicitando una implantación progresiva del sistema, así como reportando las críticas sobre la necesidad que actualmente tienen los fiscales de operar hasta con seis aplicaciones distintas a la vez, ya que no se encuentran integradas entre sí, amén del caos de organización que suponen los buzones virtuales de correo debido al ingente volumen de notificaciones que reciben de asuntos en los que la Fiscalía no es parte.

En lo que todos los agentes coinciden es en que LexNET se ha implantado de forma apresurada, tanto que muchos de los juzgados no tenían buzón para recibir las causas y los escritos en enero a la entrada en vigor del RD 1065/2015 y tenían que ser remitidos a la subsede establecida en el Decanato del partido judicial o a los Servicios Comunes. Esto es lo que ha ocurrido en una Comunidad Autónoma de la extensión como Madrid. Sin embargo, hay realidades más dramáticas aún, ya que existen partidos judiciales que ni tan siquiera los Decanatos ni los Servicios Comunes tienen posibilidad de recibir las causas y enviarlas al juzgado.

## **IX. LA PARADOJA DEL PAPEL 0 CONVERTIDO EN EL SISTEMA DEL DOBLE PAPEL.**

El sistema LexNET ha venido publicitado con la coetilla del “*papel cero*” que tan lejos queda de la realidad. Y aunque debemos de aguardar con confianza, el vicio actual de todo el que recibe un escrito en formato electrónico es el de imprimirlo, pues muchos consideran que trabajan mejor sobre el papel. No obstante, el anexo del Real Decreto, requiere el uso de OCR (reconocimiento óptico de caracteres), de modo que el *software* requerido permite editar los textos, realizar anotaciones y trabajar sobre el documento de la misma forma que si lo tuviésemos en papel. Sin embargo, la realidad es otra, y la brecha digital existente también en este colectivo hace que la mayoría de usuarios desconozcan esta forma de utilización del *software* comentado y por lo tanto que tengamos que esperar varios años hasta poder hablar de una justicia con “*papel casi cero*”.

Otro de los frenos a esta justicia del “*papel cero*” la constituye la necesidad de presentar en el juzgado las copias en soporte físico para realizar el acto de comunicación o traslado de copias a las partes no personadas. En un plazo de 3 días desde que se ha remitido el escrito vía LexNET, por lo que el abogado o procurador tendrá una doble labor; por un lado presentar la documentación vía LexNET y por otro llevar las copias al juzgado, lo que parece una incongruencia que el legislador

debería subsanar si realmente busca la efectividad y la agilidad en nuestro sistema de justicia.

Además de todo lo ya apuntado, aún existen muchos expedientes en papel en los juzgados, a los que habrá que dar formato electrónico para su efectiva utilización como herramienta de futuro, así como para compartir información entre juzgados. Hoy los juzgados de todo el país trabajan para llegar en las mejores condiciones posibles para llegar al objetivo del 7 de julio de 2016, fecha donde ya debería estar implantado el expediente electrónico de gestión procesal en su totalidad.

## **X. BRECHA DIGITAL.**

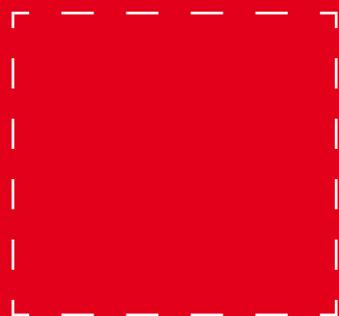
Por último, queremos hacer referencia a la brecha digital existente en nuestro país, no solo a nivel generacional sino también en género, y aunque que esta propuesta LexNET ha intentado ser paliada con cursos de formación exprés por parte de los Colegios Profesionales y por la Administración de Justicia para sus trabajadores aún queda camino por recorrer ya que este sistema se está convirtiendo en este sentido en un elemento más para la segregación que en un elemento para el progreso de la Administración de justicia.

En definitiva, han faltado medios, formación y tiempo suficiente para poder realizar un aterrizaje no forzoso de LexNET en nuestro país, aunque sin duda va a constituir una de las herramientas de futuro más importantes en el ámbito de la Administración de Justicia. Un buen porcentaje de la población española ya se relaciona con la Agencia Tributaria a través de medios telemáticos, por ahorro de tiempo y comodidad, si bien esta forma de realizar nuestros trámites con la Administración Tributaria no ha sido objeto de una imposición legal, ni tampoco se ha pretendido hacer en unos meses, pero sin duda puede constituir todo un ejemplo para que el legislador vuelva a repetir la experiencia con LexNET.

Con todo, echamos en falta la atención legislativa hacia otras necesidades esenciales para el buen funcionamiento de la Justicia. Una vez más hemos visto parcheada nuestra anciana Ley de Enjuiciamiento Criminal, la necesidad imperiosa de más jueces en nuestro sistema, una inexcusable reorganización o reubicación de plantilla para poder hablar realmente de una planta judicial modernizada del siglo XXI. No obstante, nos sentimos favorecidos por el impulso de modernidad y aire fresco que ha aportado LexNET a nuestro sistema de Administración de Justicia.



DERECHO  
COMPARADO



UNA NUEVA Y POSIBLE FORMA DE DELACIÓN HEREDITARIA:  
EL CONTRATO SUCESORIO

*A NEW POSSIBLE HEREDITARY DENUNCIATION: THE CONTRACT OF  
INHERITANCE*

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 314-341*



Salvatore  
ACETO DI  
CAPRIGLIA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 18 de abril de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2016

**RESUMEN:** El concepto de familia, basado exclusivamente en la unión matrimonial entre hombre y mujer, ha evolucionado progresivamente, habiendo sido acrecentado por nuevas tipologías, no solo heterosexuales sino también homosexuales. El proceso de asentamiento de las *new families* ha sido lento y difícil, pero es el fruto de un fenómeno que ya no puede ser ignorado por los legisladores nacionales, los cuales, bajo el impulso de la *law in action*, han facilitado progresivamente el proceso de tutelas normativas en el ámbito sucesorio para la admisión de nuevas delaciones contractuales, basadas en la experiencia alemana. Esta evolución normativa, de todas formas, resulta cada vez más tortuosa y difícil en el ordenamiento italiano, condicionada a la presencia de valores católicos y al peculiar significado del concepto de "orden público". La progresión del fenómeno de las *new families* y las imperiosas necesidades de los convivientes imponen, en cualquier caso, la revisión de antiguos dogmas y principios tradicionales heredados desde hace varias generaciones.

**PALABRAS CLAVE:** Contrato sucesorio, delación hereditaria, cuota de legítima, uniones civiles, partners.

**ABSTRACT:** The concept of family, based solely on a lawful union between man and woman, has gradually evolved and has been joined by new types of unions heterosexual and homosexual. The process of accreditation of new families has been slow and difficult, but it is a phenomenon that can no longer be omitted from national legislators who, in the wake of the law in action, have gradually begun the process of legislative protection in the field of successions, also through new contracts based on the German experience. This evolution law becomes, however, more tortuous and difficult in the Italian system, conditioned by the presence of Catholic values and a peculiar meaning of "public order". The evolution of the phenomenon of the new families and the urgent needs of the partners require, however, to revise the ancient dogmas and the traditional principles.

**KEY WORDS:** LexNET, Succession contract, denunciation hereditary, fee of legitimate, civil unions, partners.

**SUMARIO.**- I. Las *new families* como nuevo fenómeno social determinante de una revisión de los obsoletos institutos de derecho sucesorio. – II. Los factores socio-económicos que sugieren la exigencia de revisar el concepto de familia. – III. Los legisladores nacionales intervienen con retraso para regular el nuevo fenómeno familiar: la alternativa contractual a la delación testamentaria y legal. – IV. El *Erbvertrag*, instrumento de delación contractual a disposición también de los convivientes.-V. La evolución del legislador francés.-VI. La coexistencia de la prohibición de los pactos sucesorios con formas de delación contractual en el modelo francés.-VII. El legislador italiano no está todavía preparado para aceptar las nuevas formas de unión familiar.- VIII. La consulta busca tutelas sucesorias alternativas para las *new families*: la emblemática intervención del legislador italiano en el caso de inclusión del conviviente en el contrato de alquiler (ex Art. 6 ley n° 392/78).

## I. LAS *NEW FAMILIES* COMO NUEVO FENÓMENO SOCIAL DETERMINANTE DE UNA REVISIÓN DE LOS OBSOLETOS INSTITUTOS DE DERECHO SUCESORIO.

Desde tiempos ancestrales los ordenamientos jurídicos, influenciados por la ideología cristiana, han sido propensos a considerar que la única forma de matrimonio posible era “la unión indisoluble entre un hombre y una mujer”, rigiendo su *menaje* familiar sobre la base de leyes canónicas y civiles. *Ab origine*, los ordenamientos civiles también ignoraron la idea de que el matrimonio pudiese disolverse por divorcio, a lo que se oponía la influencia, desde luego, política que la Iglesia católica ejercitaba sobre los legisladores nacionales<sup>1</sup>.

En efecto, la Iglesia no podía admitir la posibilidad del divorcio, que supone el “pecado” de extinguir un vínculo sacramental válidamente creado. Como es sabido, uno de los primeros gobernantes que se “rebeló” frente a esta concepción del

I Véase SCALERA, I.: *I grandi imprenditori del XIX secolo, centocinquant'anni di storia di Italia, di scoperte, di invenzioni, di impresa, di lavoro*. Milán (2011), pp. 133 y ss., donde se mantiene que “la separación estaba ya en uso en la antigüedad, en los pueblos griegos y romanos, además de existir en los primeros siglos de la cristiandad: el Código de Justiniano consentía ya el divorcio [...] sucesivamente la religión católica reteniendo el matrimonio un sacramento, impuso la indisolubilidad”.

### • Salvatore Aceto di Capriglia

Titular de las cátedras de Derecho privado comparado y por encargo de las enseñanzas de Sistemas jurídicos comparados en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de los Estudios de Nápoles “Parthenope”. Socio fundador y Secretario, desde junio 2014, de la Región Campana de la S.I.R.D. (Sociedad Italiana para la Investigación en el Derecho Comparado), asociación científica. Director del Máster de primer nivel en “Euro proyectos y public policy”, Departamento de Jurisprudencia, Universidad de los Estudios de Nápoles “Parthenope”, desde Junio 2014. Componente del Consejo Directivo de la escuela de Especialización para la Profesiones Legales, desde 2013 año de su institución, Universidad “Parthenope”. Miembro del Comité de Dirección (Justicia civil) del Foro Napolitano: “Diálogos entre la doctrina y la jurisprudencia local, nacional y europea”, edición ESI 2014. Componente del Comité científico de la selección editorial “Administración Mercado y Finanza Pública, Estudios y materiales” editorial Jovene 2014, y del Comité Científico de la Revista “Actualidad Jurídica Iberoamericana”, editada por el Instituto de Derecho Iberoamericano.

matrimonio indisoluble fue el rey de Inglaterra Enrique VIII, en el siglo XVI, quien, queriéndose unir en matrimonio con Ana Bolena, pretendió disolver su unión conyugal con la reina Catalina de Aragón. Encontrándose con la prohibición de la Iglesia Católica, Enrique VIII decidió separarse de ésta para fundar la Iglesia anglicana, que no consideraba el divorcio un pecado<sup>2</sup>. El principio de indisolubilidad del matrimonio es naturalmente, todavía hoy en día, uno de los valores defendidos por la Iglesia Católica; además de ello, todos los ordenamientos jurídicos han reconocido que el matrimonio y la familia son la plasmación de un derecho fundamental e inviolable del ser humano, merecedor de tutela constitucional (ver el artículo 29 de la Constitución italiana)<sup>3</sup>.

Sin embargo progresivamente, los diversos ordenamientos, mediante un proceso de descodificación, comenzaron a disciplinar el divorcio como un instrumento jurídico para disolver el vínculo matrimonial, allí donde la persistencia de la unión conyugal resulta imposible<sup>4</sup>. La evolución en el tiempo y el nacimiento de nuevas exigencias sociales han llevado a los legisladores nacionales a la necesidad de enfrentarse a ulteriores problemas que no se pueden dejar de afrontar, como, por ejemplo, la convivencia de hecho entre heterosexuales y, actualmente, también entre homosexuales. La primera representa un tipo de unión que voluntariamente rehúye cualquier tipo de regla formal, sea civil o canónica. Los convivientes deciden sustancialmente basar su relación, exclusivamente, sobre un acuerdo moral<sup>5</sup>. Precisamente, según algunos estudiosos, la razón por la que los legisladores no han regulado este tipo de convivencia de manera orgánica (sin perjuicio de que se tutelen los derechos de los convivientes) se encuentra en la voluntaria elección de los *Partners* de no vincularse mediante una unión formal. Si es difícil regular este tipo de uniones heterosexuales, todavía resulta más arduo disciplinar las uniones homosexuales. En cualquier caso, a este respecto es oportuno precisar que, mientras las uniones de hecho heterosexuales representan, en la mayor parte de los casos – aunque no siempre – una elección personal, las uniones de hecho entre

2 Siempre al respecto SCALERA, I.: *I grandi imprenditori*, cit., según el cual “la reforma protestante en los Estados en los que ha estado difundida, restableció la posibilidad de la disolución del matrimonio”.

3 Véase PALAZZO, A.: “Matrimonio e convivenze”, *Diritto di famiglia* (2009), n. 3, p. 1301, que confirma la introducción a nivel constitucional de la familia, es decir, que según las concepciones de cada uno de los Estados, no hay familia sin matrimonio.

4 En el sistema italiano el divorcio fue introducido con la ley n° 898 de 1 diciembre de 1970 “Disciplina los casos de disolución del matrimonio”. Se señala que el 29 mayo 2014, la Cámara de los Diputados aprobó el texto unificado inherente a la modificación de la ley del 1970, introduciendo el denominado “divorcio breve”, es decir, la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial en un periodo relativamente breve (de seis meses a un año) respecto a los tiempos previsto anteriormente (tres años-doce meses).

5 Véase PALAZZO, A.: “Matrimonio e convivenze”, cit., p. 1301, según el cual, existiendo daño moral, entra en juego el artículo 2034 CC. El autor evidencia, además, que el matrimonio-relación, en su historia, asume una importancia prevalente respecto al matrimonio-consentimiento hasta el Concilio de Trento, donde la prevalencia de este último caracterizará el Derecho matrimonial en la Iglesia latina reformada. Diferente es la reglamentación de las vicisitudes de la relación matrimonial en las Iglesias Orientales, caracterizada por el matrimonio-relación y por el instituto del divorcio. El matrimonio-relación asume en la historia del Derecho civil una importancia siempre mayor respecto al matrimonio-consentimiento y es la actitud a la continuación de la convivencia que señalará el perdurar de su eficacia jurídica.

homosexuales, en cambio, son una necesidad, desde el momento en que en muchos países no les es posible contraer matrimonio.

Además, normalmente los homosexuales buscan una reglamentación de su unión y la tutela de sus derechos. Es necesario, por tanto, según algunos autores, distinguir entre las uniones basadas en una convivencia, donde es relevante el presupuesto de la integración de sexos, y las uniones en las que este último extremo no existe desde el origen y están fundadas en el empeño de una mutua asistencia entre sujetos que tienen solamente un vínculo de orden diverso, sea desde un perfil patrimonial que personal<sup>6</sup>. No obstante, otra parte de la doctrina considera que las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales son realidades equivalentes<sup>7</sup>. En efecto, se sostiene que, si bien muchas parejas heterosexuales no están unidas en matrimonio por elección propia, en algunas ocasiones, existen factores que impiden formar una familia matrimonial, como por ejemplo, un vínculo precedente. Por otra parte, las parejas de hecho moralmente no se diferencian respecto de las parejas casadas, porque al igual que estas últimas, también la convivencia *more uxorio* se caracteriza por una comunidad de vida, por la *afectio coniugalis* y por la presencia de deberes de asistencia espirituales y materiales<sup>8</sup>.

Estas razones inducen a los convivientes -que constituye una pareja heterosexual u homosexual- a reivindicar “el reconocimiento de la propia estructura familiar y la existencia de una legislación que regule y tutele las parejas homosexuales”<sup>9</sup>. Semejantes reivindicaciones han sido en parte tenidas en cuenta por las legislaciones de muchos países europeos, que han aprobado normativas que disciplinan las uniones de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales<sup>10</sup>. En cualquier caso, el proceso de “parificación” entre la familia matrimonial y la de hecho se encuentra todavía en estado embrionario. Los legisladores del área euro-céntrica están progresivamente innovando la regulación de la familia, determinados, más por la exigencia de proteger a los hijos nacidos de las uniones de hecho, que por la de tutelar los intereses de los convivientes mismos.

6 Literalmente PALAZZO, A.: “Matrimonio e convivenze”, cit., p. 1305.

7 Cfr. PASTORE, C.S.: *La familia di fatto, analisi e disciplina di un modello attuale e diffuso*. Milán (2007): UTET, p. 165; en contra, véase PALAZZANI, L.: “Ideologia gender: presupposti filosofici e implicazioni giuridiche”, *Cuad. Kóre Revista de historia y pensamiento de género* (2011) 1/n. 4, pp. 30-58, según el cual “las uniones homosexuales, aunque sean duraderas, son estructuralmente estériles: por esta razón no puede ser consideradas o equivalentes a la unión heterosexual”.

8 En este sentido véase PASTORE, C.S.: *La familia di fatto*, cit., p. 165, quien sostiene que “la regla del acuerdo y del consentimiento, cotidianamente renovado, a la relación de pareja caracterizan, tanto la relación de la familia conyugal, cuanto la de la familia de hecho, también heterosexual”.

9 Literalmente PASTORE, C.S.: *La familia di fatto*, cit.

10 Resulta emblemático el caso del sistema francés, que con la ley 99-994, aprobada por el Parlamento el 15 de noviembre de 1999, revolucionó el panorama jurídico familiar, disciplinando el Pacto (*Pacto civil de solidaridad*), mediante el cual se concede a los convivientes heterosexuales y homosexuales un instrumento para reglamentar sus propias uniones.

A la espera de intervenciones legislativas mejor armonizadas, el rol de disciplinar las *new families* ha sido encargado a las Cortes superiores que, con un intenso trabajo de lenta y progresiva “ortopedia” jurídica, están acometiendo la tarea de hallar mecanismos que propicien una mayor tutela de las nuevas formas de unión, como se ha verificado en un reciente pronunciamiento emitido por la Corte constitucional italiana<sup>11</sup>. El asunto fue originado por dos ordenanzas de remisión del Tribunal de Venecia y de la Corte de apelación de Trento<sup>12</sup>. Un oficial del ayuntamiento de Venecia se negó a proceder a la publicación de un matrimonio de una pareja de homosexuales; rechazo, que fue motivado por el hecho de que una publicación similar no era legítima de acuerdo con la normativa vigente. Contra el rechazo de la publicación, la pareja se dirigió al Tribunal, pidiendo, como pretensión principal, que se ordenara al oficial del registro civil del Ayuntamiento de Venecia proceder a la publicación del matrimonio, y subsidiariamente, que se planteara una cuestión de legitimidad constitucional.

La pretensión principal fue rechazada por el Tribunal, que argumentó que “ante una consolidada y ultra milenaria noción del matrimonio como unión de un hombre con una mujer”<sup>13</sup> no es posible operar una extensión del instituto del matrimonio a las personas del mismo sexo. La pretensión subsidiaria, en cambio, fue acogida por el Tribunal, que, en referencia a los artículos 2, 3, 29 y 117.1 de la Constitución, propuso cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 93, 96, 98, 107, 108, 143 y 143 bis y 156 bis del Código Civil “en la parte en que, sistemáticamente

---

11 Es de destacar el rol fundamental de estás asumiendo las Cortes superiores en la “hermenéutica de las leyes”. Como ha sido sostenido por PERLINGUERI, P.: *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*. Nápoles (2012), pp.145-146, la incidencia de las Cortes superiores determina “importantes repercusiones en la hermenéutica. A diferencia de cuanto acontecía cuando las todas las leyes tenían un rango ordinario, al cambiar la jerarquía de las fuentes, la función de control se transforma en un elemento ontológico de la hermenéutica. El control de conformidad-legitimidad constitucional, europea e internacional representa una obligación para el juez y para el intérprete y configura, por tanto, una componente imprescindible del principio de legalidad”. Es una opinión común que en los sistemas pertenecientes a la tradición de *civil law* se está asistiendo a un proceso de inversión de la jerarquía de las fuentes; los legisladores, en efecto, emanan las leyes después de un proceso deductivo y no ya inductivo, como ocurría precedentemente, con la consecuencia de que son los jueces, a través de una interpretación extensiva de las normas, quienes crean nuevas figuras jurídicas o institutos que son sucesivamente recibidos por el órgano legislativo. Algunos autores, entre ellos [CAPONI, R.: “Dialogo tra Corti: alcune ragioni di un successo”, en BARSOTTI, V. y VARANO, V. (COORD.), *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*. Nápoles (2012), p. 121], consideran que la razón del actual rol preeminente de las Cortes sobre el legislador depende de múltiples factores, entre ellos, “el cambio que la historia jurídica continental había conocido al final de mil setecientos, con la detentación de un monopolio del Derecho por parte del poder político, y por tanto del Estado nacional, que había relegado al Derecho a un rol anclado a la política. El monopolio de las fuentes del Derecho fundadas sobre la autoridad política y la idea de que el legislador crea el Derecho, partiendo de un programa político que pretende desarrollar e imponer, había conducido a una devaluación de las fuentes culturales fundadas en la idea de que el juez encuentra el Derecho mediante una búsqueda llevada a cabo, esencialmente, con el uso de la razón. El factor fundamental de ruptura de este concepción hay encontrarlo en el advenimiento de las Constituciones democráticas en Europa continental (especialmente en Italia y Alemania) después de la segunda guerra mundial. En particular la ruptura fue propiciada por la creación de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes ordinarias, encomendados a las Cortes constitucionales”.

12 Cfr. Tribunal de Venecia, Ordenanza 3 abril 2009, n° 177 y Apelación de Trento, Ordenanza 29 julio 2009, n° 248 en [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it).

13 Cfr. Tribunal de Venecia, Ordenanza 3 de abril 2009, n° 177, cit.

interpretados, no consienten que las personas de orientación homosexual puedan contraer matrimonio con personas de mismo sexo”.

Un caso análogo al del Tribunal de Venecia ha sido después llevado ante la Corte de apelación de Trento, como consecuencia de una reclamación interpuesta contra un decreto del Tribunal de Trento, el cual había juzgado legítimo el rechazo del oficial del registro civil de proceder a la publicación del matrimonio solicitada por dos parejas del mismo sexo<sup>14</sup>. “También en este caso la corte de Trento, desarrollando consideraciones análogas a las del Tribunal de Venecia, ha decidido con ordenanza del 29 julio 2009 presentar una cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis y 156 bis del código civil, en la parte en que, valorados en su totalidad, no consienten a los individuos contraer matrimonio con personas del mismo sexo<sup>15</sup>. La Corte constitucional no excluye *a priori* la posibilidad de celebración de matrimonios entre homosexuales, pero sostuvo que la cuestión tenía que ser declarada como inadmisibile en cuanto “dirigida a obtener un pronunciamiento adicional constitucionalmente no obligatorio”. En particular, la Corte sostiene que “los dos pronunciamientos parten del presupuesto de que el instituto del matrimonio civil, tal y como es previsto en el vigente ordenamiento italiano, se refiere a la unión estable entre hombre y mujer. Este dato resulta no solamente de las normas censuradas, sino también de la disciplina de la filiación legítima, y de otras normas, entre ellas, por ejemplo, se puede mencionar el artículo 5, coma 1 y 2, de la ley del 1 diciembre 1970, n° 898 (disciplina para los casos de disolución del matrimonio), además de la normativa en tema de ordenamiento del Registro Civil. En sustancia, la entera disciplina del instituto, contenida en el código civil y en la legislación especial, postula la diversidad de sexos entre los cónyuges”. Si bien la Corte constitucional no acoge la ordenanza de remisión, admite, de todas formas, que “el artículo 2 de la Constitución dispone que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto a nivel individual como en las formaciones sociales donde se desarrolla su propia personalidad [...] ahora bien, por formación social se tiene que entender cualquier forma de comunidad, simple o compleja e idónea para consentir el libre desarrollo de la persona en la vida de relación y en el contexto de un entendimiento estable como convivencia entre dos personas del mismo sexo, a los cuales les corresponde el derecho fundamental de vivir libremente una condición de pareja, obteniéndose – en tiempo y modos y en los límites establecidos por la ley – el reconocimiento jurídico con sus conexos derechos y deberes. Se tiene que excluir, de todas formas, que la aspiración a tal reconocimiento – que necesariamente postula una disciplina de carácter general dirigida a regular derechos y deberes de los componentes de la pareja – pueda ser realizada solamente a través de una equiparación de las uniones homosexuales

14 Cfr. Apelación Trento, Ordenanza 29 julio 2009, n° 248, cit.

15 Para la reconstrucción del caso véase MORLOTTI, L.: “Il no de la Consulta al matrimonio gay”, *Resp. civ. e prev.* (2010), pp. 1505 y ss.

al matrimonio. Es suficiente el examen, no exhaustivo, de las legislaciones de los Países que hasta ahora han reconocido las mencionadas uniones para verificar la diversidad de las elecciones operadas. De ello se deriva que el ámbito aplicativo del artículo 2 de la Constitución es misión del Parlamento, en el ejercicio de su plena discrecionalidad, la de determinar formas de garantía y reconocimiento a las mencionadas uniones<sup>16</sup>.

Aun cuando la Consulta no declaró fundada la cuestión de legitimidad es posible ver en ella un atisbo de reconocimiento de la pareja homosexual, demandando al Parlamento la ardua misión de elaborar una solución normativa. En ausencia de intervenciones legislativas específicas, actualmente, el instrumento utilizado —y utilizable— que parece satisfacer mejor la exigencia de reglamentar las relaciones patrimoniales entre convivientes, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, es el contrato.

## II. LOS FACTORES SOCIO-ECONÓMICOS QUE SUGIEREN LA EXIGENCIA DE REVISAR EL CONCEPTO DE FAMILIA.

La intervención normativa auspiciada por la Consulta empieza a transformarse en una exigencia fundamental, no sólo para satisfacer exigencias morales, sino también económicas, como ha sido evidenciado por una investigación de carácter socio-económico.

Desde un punto de vista social, la falta de reconocimiento de las uniones de hecho (si bien, actualmente está en fase de discusión y aprobación en el Parlamento italiano sobre la regulación de las uniones civiles que prevé el reconocimiento a las parejas de hecho de derechos de asistencia sanitaria, carcelaria y de pensiones de viudedad) provoca múltiples problemas, como, por ejemplo, ocurre respecto a la posibilidad de que un conviviente pueda asistir a su compañero en caso de hospitalización o por cuanto concierne a la libertad de poder realizar en testamento atribuciones patrimoniales en favor de la persona con la cual se ha compartido un periodo de la propia existencia. Hay, pues, que reconocer abiertamente que las concepciones mantenidas en la materia por el Legislador de 1942 y por el Constituyente del 1948 se ha ido desmoronando progresivamente por las exigencias de la sociedad.

Los datos estadísticos demuestran que se está asistiendo a un exponencial aumento de separaciones/divorcios y que la edad media de las personas separadas o divorciadas es relativamente baja<sup>17</sup>, con la consecuencia que, en ocasiones,

16 Cfr. Corte constitucional, 15 abril 2010, n° 138, [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it)

17 En Italia los datos ISTAT demuestran que en el 2011 las separaciones han sido 88.797 y los divorcios 53.806, sustancialmente estables respecto al año precedente (+0,7% para las separaciones y -0,7% para los divorcios). Los porcentajes de separación y divorcio total están en continuo crecimiento. En el 1995 por cada 1.000 matrimonios se contaban 158 separaciones y 80 divorcios, en el 2011 se llega a 311 separaciones y 182 divorcios. La duración media del matrimonio en el momento de su inscripción resulta ser de 15 años para las separaciones y de 18 años para los divorcios. La edad media en la separación es de casi 46 años para los maridos y 43 para las mujeres, y en caso de divorcio alcanza, respectivamente, a los 47 y 44 años. Estos valores han

se trascurre gran parte de la vida (quizás, la mitad de ella) con un compañero que probablemente no tendrá derechos hereditarios, sino que los mismos corresponderán a un cónyuge legítimo con el cual, de hecho, se ha convivido un breve periodo de tiempo; si bien la conciencia social está empezando a equiparar las uniones de hecho a las matrimoniales<sup>18</sup>. Para dar respuesta a algunas exigencias de los convivientes el legislador, en alguna ocasión, ha intervenido, pero siempre de manera desorganizada y poco exhaustiva<sup>19</sup>. Este problema, que parece provocar efectos negativos, exclusivamente morales y/o sociales, sin embargo también determina consecuencias de índole económica.

Como ha ocurrido en el caso del famoso tenor Luciano Pavarotti, los titulares de los bienes podrían decidir trasladar su riqueza al extranjero y someterlos a una ley diferente; fenómeno éste siempre más fácil y frecuente en consideración de la intensa circulación de la riqueza con respeto de los principios de Derecho comunitario europeo; por ello, precisamente, Europa podría incidir de manera decisiva sobre el reconocimiento de las nuevas uniones de hecho. En efecto, esta última, empujada por exigencias morales y económicas podría poner en evidencia que la falta de reconocimiento de las parejas de hecho, tanto si son heterosexuales como homosexuales, puede determinar un alejamiento de la riqueza del propio país<sup>20</sup>, en cuyo caso, el legislador italiano no podría ignorar lo previsto por la Unión Europea.

Por lo tanto, sería deseable que el legislador se alinee desde ya con otros modelos europeos, reglamentando tales formas de unión y reconociéndoles instrumentos para su tutela, tanto *inter vivos*, como *mortis causa*. Respecto de estas últimas, el contrato sería un instrumento válido a disposición de los convivientes, allí donde se quisiese evitar una total equiparación de éstos con los cónyuges legítimos, tal y como sucede en sistemas análogos, como por ejemplo el francés y alemán, los cuales han reglamentado ya el fenómeno de las *new families* y ofrecido a los

---

aumentado en los años por efecto de la postergación de las bodas a edades más maduras y por el crecimiento de las separaciones en casos en los que al menos uno de esposos supera los 70 años.

- 18 En tal sentido véase Casación 22 enero 2014, n° 1277, [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it), la cual afirma "eventuales contribuciones de un conviviente al otro, deben ser entendidas en realidad como un cumplimiento de lo que la conciencia social considera que son deberes en el ámbito de una consolidada relación afectiva, la cual no puede no implicar, inclusive sin la obligatoriedad jurídica prevista por el artículo 143 del código civil, párrafo 2°, formas de colaboración y de asistencia moral y material"...
- 19 A tal fin, se recuerda, sin pretensiones de exhaustividad, la ley 4 abril n° 154, por la que fueron introducidos en el código civil los artículos 342 bis y 342 tercero, que extienden la tutela contra los abusos familiares también al conviviente *more uxorio*; la ley del 9 enero 2004, n° 6, que, con referencia al régimen del administrador de apoyo, prevé que la elección del mismo recaiga también sobre la persona con la que se hubiera convivido de manera estable; la ley del 28 marzo 2001, n° 149, que previó que el requisito de la estabilidad de la pareja estuviere satisfecho también cuando los integrantes de la pareja de hecho hubiesen convivido de manera estable por un periodo de tres años con anterioridad al matrimonio.
- 20 Un análisis de los *case law* internacionales permite constatar que ya la Corte de Estrasburgo, sentencia 24 junio 2010, primera sección, caso *Schalk vs Kopf* contra Austria, ha comenzado, en varias ocasiones a evidenciar que el artículo 8 de la Convención europea de los derechos del hombre tutela la vida familiar; prescindiendo que ésta se funde o no, en un vínculo jurídico y formal, con la consecuencia que el concepto de familia puede comprender diferentes formas de uniones.

convivientes instrumentos alternativos de delación hereditaria. En cualquier caso, hay que reconocer que en tales ordenamientos la admisión de figuras contractuales que consienten la transmisión intergeneracional de la riqueza ha sido fácil, en consideración a la progresiva erosión de la prohibición de los pactos sucesorios, fenómeno este último todavía no acaecido en Italia, si bien empieza a estar presente en la mente de doctrina y jurisprudencia la posibilidad de su aceptación<sup>21</sup>.

### III. LOS LEGISLADORES NACIONALES INTERVIENEN CON RETRASO PARA REGULAR EL NUEVO FENÓMENO FAMILIAR: LA ALTERNATIVA CONTRACTUAL A LA DELACION TESTAMENTARIA Y LEGAL.

La evolución del modelo familiar; las exigencias derivadas de la jurisprudencia, doctrina y operadores del Derecho, inevitablemente, han llevado a los legisladores nacionales a interesarse en mayor medida en el intento de disciplinar normativamente el fenómeno.

Precursor; también en este caso, ha sido el Derecho francés, que con la reciente ley n° 404 del 18 de mayo 2013, ha aprobado y reconocido jurídicamente el matrimonio entre homosexuales, modificando a tal fin, el artículo 143 del *code civil*, el cual afirma ahora que, “*El matrimonio se contrae por dos personas de sexo diferente o del mismo sexo*” y el artículo 202-1, que dicta normas de conexión, que (derogando a los principios generales de Derecho internacional privado, que para las condiciones para contraer matrimonio remiten a la ley nacional de los contrayentes) reconoce el matrimonio entre personas de mismo sexo, también cuando el mismo sea admitido por la ley nacional de uno solo de los esposos, o también, por la ley del país donde uno de los dos resida o esté domiciliado. El nuevo *code civil* prevé, por lo tanto, una cláusula por la cual la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo parece contraria a la noción francesa de orden público internacional (“*la ley personal de uno de los esposos está descartada, con reserva de los acuerdos internacional de Francia, si obstaculiza el matrimonio de dos personas del mismo sexo, ya que la ley del Estado en el territorio donde se celebra el matrimonio lo permite*”). El modelo francés es el catorceavo entre los Estados que reconoce el matrimonio homosexual, después de Holanda, Bélgica, Nueva Zelanda, Uruguay, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca y México<sup>22</sup>; en cualquier

21 Sobre los pactos sucesorios véase PALAZZO, A.: *Le sucesiones. Introduzioni al diritto successorio. Istituti comuni alle categorie successorie. Successione legale*, en *Trattati di diritto privato* (LUDICA e ZATTI). Milán (1996), p. 15, según el cual la prohibición de los pactos sucesorios no sería ya una expresión del principio de orden público, con la consecuencia que se podría, como hipótesis, proceder nuevamente a su revisión a la luz de las nuevas instancias sociales y jurídicas.

22 En Dinamarca – a pesar de una inicial resistencia a admitir el reconocimiento de las parejas de uniones de hecho – con la ley del 7 junio 1989, n° 72, d/341-H-ML (*lov om registeret partnerskab*), modificada por las leyes sucesivas; ley n° 821 del 19 diciembre 1989, *Lov om forældremyndighed*; ley n° 360 del 2 de junio 1999, *Lov om ændring af om registeret partnerskab*, ha sido introducida la *partnership* registrada consintiendo a dos personas del mismo sexo registrar su propia unión. Esta dice textualmente: “*To personer af samme køn kan lade deres partnerskab registrere*”. Además, la ley parificando las parejas homosexuales a las heterosexuales ha consentido también que estos puedan decidir libremente de formalizar o no su compromiso. Originariamente se preveía que pudiesen

caso, en algunos ordenamientos, este fenómeno social no consigue todavía recibir una verdadera y propia acreditación a nivel legislativo. El ordenamiento italiano, por ejemplo, no ha conseguido elaborar soluciones que consientan que tales formas de unión reciban una tutela efectiva y concreta, no obstante la Corte constitucional haya reconocido el derecho de las parejas convivientes a tener una reglamentación<sup>23</sup>.

La jurisprudencia alemana parece enmarcarse en esta dirección. El *BVerfG*, confirmando su orientación, ha considerada contraria al artículo 3 *Grundgesetz* (en cuanto violaba el principio de igualdad) una disposición por la cual se preveía un tratamiento diverso en materia de pensión de viudedad entre quienes hubieran contraído matrimonio y los que hubiesen formado parte de una pareja homosexual registrada<sup>24</sup>. El *case law* ha tenido como objeto “la ley que preveía que los supervivientes de una pareja registrada debiesen pagar hasta el 2008 un impuesto hereditario mayor respecto al que estaban sujetos los cónyuges de un matrimonio. En esta decisión, el Tribunal constitucional federal afirmó que una normativa de este tipo violaba el art. 3.1 GG e impuso al legislador intervenir con leyes para sanar todos los casos en el que, en el periodo de vigencia de la ley, se había consumado una violación del principio de igualdad”<sup>25</sup>.

El legislador italiano, aunque no pareciera todavía preparado para aceptar rápidamente las demandas de las parejas de hecho, no consigue ignorar las exigencias de la descendencia y recientemente ha equiparado totalmente los hijos legítimos y los naturales con la ley, 10 diciembre 2012, n° 219, con la que ha modificado el art. 315 del código civil, previendo la siguiente locución: “todos los hijos tienen el mismo estado jurídico”<sup>26</sup>. Por lo tanto, el legislador, con la reforma, ha pretendido

---

acceder a esta regulación sólo las parejas de nacionalidad danesa, o las parejas en las que al menos uno de los dos componentes fuese danés. En cambio hoy tal requisito no es necesario y es suficiente que los convivientes tengan la residencia danesa. Cfr. PASTORE, C.S.: *La famiglia di fatto*. Turín (2007), Turín, p. 166, la cual observa también que, por impulso del sistema danés, también los países escandinavos han elaborado una normativa que regula las convivencias *more uxorio* y las convivencias entre homosexuales y que la particularidad del sistema suizo consiste en el hecho de que las parejas que conviven supera abundantemente las parejas unidas en matrimonio. Sobre el caso de Dinamarca, véase *in extenso*, DIENESSEN, JKA: “The registered partnership a Nordic approach to legislation for unmarried couplet”, en *Stare insieme, Studi ricerche e proposte sulla famiglia di fatto*, Actos del Convenio de Pisa, noviembre 1999. La particularidad de los dos sistemas mencionados consiste en el hecho que, después de la inscripción, las parejas de hecho gozan de los mismos derechos y deberes derivados del matrimonio. La misma disciplina, finalmente, ha sido predisuelta también en Holanda y en Alemania; y también en Canadá, a partir de los años 70, la legislación estatal y provincial desde hace tiempo ha revisado la denominación “esposos”, considerando igual las parejas casadas como las simplemente convivientes del mismo sexo. La gran novedad ha sido introducida en el 1999 por la Corte suprema canadiense que ha comprendido en el concepto de “esposos” también las parejas homosexuales. Después de este pronunciamiento Ontario ha aprobado la ley 28 octubre 1999, que extiende los derechos y deberes de las parejas no casadas del mismo sexo a los de las parejas homosexuales.

23 Cfr. Corte constitucional, 15 abril 2013, n° 318, [www.giustorg.it](http://www.giustorg.it).

24 Cfr. *BVerfG*, I Bv 611/07; *BVerfG*, I Federal I 164/07.

25 En este sentido SAITTO, F.: “La giurisprudenza tedesca in materia di eingetragene Lebenspartnerschaft entre garantía d’istituto y Abstandsgebot. Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 de la Corte Constitucional italiana”, en [www.giustorg.it](http://www.giustorg.it).

26 La reforma legislativa parece haber sido solicitada por la doctrina, la cual más de una vez ha sostenido que los tiempos estaban maduros para “eliminar cualquier vestigio de diferencia en las disciplinas de la relación de filiación, manteniendo distintos sólo los modos de verificación”. Véase literalmente GENGHINI, L., CARBÓN, C.: *Le*

eliminar cualquier forma de diferencia jurídica entre la familia matrimonial y la familia de hecho<sup>27</sup>. Tal conjunto normativo no puede incidir también en el art. 537, párrafo 2º, del código civil, conforme al cual los hijos matrimoniales, ejercitando el denominado derecho de conmutación, "pueden satisfacer en dinero o en bienes inmuebles hereditarios la porción que por derecho corresponde a los hijos naturales que no se opongan<sup>28</sup>. Por otra parte, la Corte constitucional también se había ya orientado en este sentido, afirmando que el legislador debe "ser un atento intérprete de la evolución de las costumbres y de la conciencia social y, en consecuencia, elaborar también, en base a la exigencia, expresamente requerida por el precepto constitucional de la 'compatibilidad' de la tutela de los hijos nacidos fuera del matrimonio con los derechos de los miembros de la familia matrimonial, soluciones diferentes en cada momento, en armonía precisamente con la señalada evolución. [...] Con referencia al hecho de que el legislador (desde el 1975), consciente de que 'ninguna parte del ordenamiento jurídico se resiente tanto como el Derecho de familia, que se encuentra simultáneamente ante exigencias opuestas, por un lado, las que derivan de la tradición y, por otro, las que resultan de las costumbres en evolución', ha pretendido proceder con 'sabiduría y equilibrio' con la finalidad de 'modular las delicadas correlaciones y la intensidad de los instrumentos de tutela de los diferentes intereses en juego [...] para un mejor del sistema de la normativa de la institución y sobre todo para su adherencia a la realidad social'"<sup>29</sup>. Parece, pues, que ha llegado el momento de alcanzar una efectiva equiparación entre todos los miembros de la familia, sean matrimoniales o extramatrimoniales. Por otra parte, estas reformas se corresponden con demandas sociales provenientes del Derecho vivo<sup>30</sup>.

---

*successioni per causa di morte*, Tomo I, en *Manualei Notariali*, L. Genghini, Verona (2012), p. 523. Según otra parte de la doctrina, DI FEDE, A.: "La familia legittima e i nuovi modelli diversificati: luci ed ombre, scenari e prospettive", en PANE, R.: *Nuove frontiere della famiglia, la riforma della filiazione*, en *Quaderni della Rassegna di diritto civile*. Nápoles (2014), p. 48. "La importancia de la Ley n. 219 de 2012 y el nuevo orden que ésta introduce, es fruto de la adquirida conciencia de la existencia, en el escenario jurídico y social, de modelos familiares diversificados. Conciencia que se advierte en la facilidad con que, hasta hoy, se da por sentado la general idoneidad de la relación *more uxorio* para constituir el presupuesto de efectos jurídicos, afirmación que hasta hace algún año parecía discutible".

- 27 En este sentido, DI FEDE, A.: "La familia legittima", cit., señala además que "no se puede omitir que la noticia comentada, centrándose en la tutela de la filiación natural y su nuevo *status* de aplicar a los hijos nacidos de parejas convivientes, haya excluido todo tipo de alusión a esas estructuras familiares, como son las parejas de hecho en las que está ausente el fenómeno procreativo".
- 28 La reforma efectuada por la Ley de 10 de diciembre de 2012, n° 219 ha sido el resultado de un largo recorrido jurisprudencial iniciado por la Corte constitucional, el 14 de abril de 1969, n° 79, [www.giustorg.it](http://www.giustorg.it), la cual ha sostenido que "la Constitución garantiza al hijo natural (tanto reconocido como declarado) no sólo una defensa genérica, sino todo tipo de tutela jurídica o social: lo que no puede entenderse de otra manera que como la tutela adecuada a la posición de hijo, es decir [...] similar a lo que el ordenamiento atribuye en campo de la sucesión legítima".
- 29 Cfr. Corte constitucional, 14 diciembre 2009, n° 335, [www.giustorg.it](http://www.giustorg.it).
- 30 En este sentido BONILINI, G.: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I: *La successione ereditaria*. Milán (2009), p. 53, según el cual "el silencio del legislador italiano en el tema de las parejas de hecho parece ser siempre más excéntrico en un panorama europeo caracterizado, en cambio, por una difundida tendencia a dar una disciplina normativa a este fenómeno, con modelos absolutamente heterogéneos".

Tenemos, en consecuencia, que plantearnos si en una sociedad, en la que cada vez son más numerosas las familias creadas sobre la base de la convivencia y no sobre un vínculo jurídico y formal, tiene sentido seguir manteniendo normas, que ya no se corresponden con dicha realidad. Así, las disposiciones relativas a la herencia, con respeto a los dictados constitucionales, tienen como finalidad tutelar la familia en su acepción tradicional, y sólo raramente y de manera marginal han sido objeto de leves y esporádicos retoques innovadores<sup>31</sup>. Pero el Derecho, que sufre el influjo de una penetrante y extendida globalización, no puede quedar encerrado en su *turris aeburnea*, anclado en antiguas concepciones, sino que debe responder a las exigencias derivadas del hecho social, que cambia y se innova rápidamente.

Según algunos autores, al fin de adecuar la legislación a las nuevas realidades familiares, “el Derecho sucesorio tiene que padecer una progresiva adaptación al *favor veritatis* y, así, garantizar que las múltiples situaciones que puedan darse reciban un tratamiento normativo diversificado: el supuesto de existencia de una única y exclusiva relación conyugal tiene que ser regulado diversamente respecto del caso, tan difundido, de la existencia de varias relaciones matrimoniales y de filiación”<sup>32</sup>. Por lo tanto, la evolución del valor “familia” no puede dejar incólumes los institutos creados hace muchos decenios, con la finalidad de tutelar, solamente, a los miembros de la familia legítima y tradicional.

#### IV. EL *ERBVERTRAG*, INSTRUMENTO DE DELACIÓN CONTRACTUAL A DISPOSICIÓN TAMBIÉN DE LOS CONVIVIENTES.

La reconstrucción histórica de algunos institutos hereditarios pone de manifiesto que los legisladores europeos en el curso de los siglos han estado particularmente atentos a atribuir al Derecho de sucesiones el rol simbólico de proteger la unidad familiar; garantizando a los hijos legítimos una cuota de reserva del acervo hereditario ante las eventuales pretericiones debidas a la voluntad punitiva del *de cuius*<sup>33</sup>. Sin

31 Cfr. BONILINI, G.: *Trattato*, cit., p. 52, “en nuestro País, el artículo 29 de la Constitución, es un obstáculo fuerte y difícilmente superable para una legislación que, como en el modelo español, equipare indistintamente relaciones heterosexuales y homosexuales en el rayo de acción del instituto”.

32 Cfr. PERLINGIERI, P.: “La funzione sociale del diritto successorio”, *Rassegna di diritto civile* (2009), p. 136.

33 La progresiva regresión del interés científico por la disciplina hereditaria ha coincidido con la decadencia de la función política que en el pasado era desarrollada por la delación hereditaria, en virtud de la cual se efectuaba el paso intergeneracional de las posiciones de mando de las uniones familiares o del poder político. Peculiaridad típica del sistema feudal, que terminó por identificarse con institutos como el mayorazgo o el fideicomiso. El rol del fenómeno sucesorio no finalizaba con la transferencia de los bienes dentro de la estirpe, sino que desarrollaba una función, un rol, de verdadera y propia organización político-institucional. Esto ocurría no solamente en las sociedades de estructura nobiliaria, sino también en las sociedades burguesas, donde el voto censitario constituía la base del sistema político que se fundaba sobre la riqueza, entendida como presupuesto de la participación en los mecanismos de la democracia representativa. De todas formas, ya históricamente, la función eminentemente política del Derecho hereditario no podía conservarse inalterada frente a los profundos cambios sociales e ideológicos originados por la Revolución francesa. En una sociedad refundada sobre los nuevos valores de la libertad, de la hermandad y de la igualdad – no solo jurídica, sino también moral – la materia hereditaria asumió rápidamente una nueva dimensión, para terminar siendo además, un instrumento de garantía de la solidaridad y de la unidad familiar. El temor de un retorno al *ancien regime*, inducía a los revolucionarios a pensar en la total derogación de la sucesión testamentaria, pero debían tener en cuenta la sacralidad que en aquel sistema circundaba y arropaba al principio de la voluntad. Con el fin de armonizar la exigencia de

embargo, en el sistema alemán el dogma de la autonomía testamentaria ha sido matizado por una manera diferente de entender las estrategias de planificación hereditaria, en la que trasluce una dimensión “colectiva” más que individual. Sobre la base de este *ubi consistam* se reconoce, así, al testador la posibilidad de estipular un contrato hereditario (*Erbvertrag*). El *Erbvertrag* es un típico contrato *inter vivos*, cuya causa es el evento muerte, a través del cual el *de cuius* dispone de su propia existencia para el periodo sucesivo a la pérdida de su vida. El *Erbvertrag* es un contrato bilateral, en base al cual un solo disponente decide sobre el destino de sus bienes para el momento de su fallecimiento y la contraparte se limita a aceptar lo dispuesto por el *de cuius* con la finalidad de hacer eficaz el contrato<sup>34</sup>.

Queriendo hacer un paralelismo con nuestra experiencia jurídica, en consideración a la estructura y a la función que reviste el contrato hereditario de matriz alemana, el *Erbvertrag* debe calificarse como un pacto sucesorio<sup>35</sup>. Y, en efecto, estructuralmente el *Erbvertrag* es un pacto con el que se dispone, para el periodo sucesivo a la muerte, de los bienes del *de cuius* que serán atribuidos a la parte material del contrato en la forma preestablecida<sup>36</sup>. Estructuralmente el contrato hereditario se distingue, respecto al testamento, tanto por la doble naturaleza que reviste, como por la vinculación que impone a la voluntad del *de cuius*. Desde el primer punto de vista, se aprecia que tal instrumento de delación hereditaria es, al mismo tiempo, acto *inter vivos* e *mortis causa*, poseyendo los rasgos estructurales del primero, pero siendo su “razón práctica-económica” el evento “muerte del disponente” y la consecuencia devolución de los bienes hereditarios *según sus deseos*. No obstante, el estudio del

---

salvaguardia de la solidaridad familiar con la preservación de la libre voluntad del *de cuius*, el legislador procedió, contemplando los institutos de la cuota legitimaria y de la prohibición de los pactos sucesorios. El primer sintagma aseguraba a los *heredes* la posibilidad de subentrar en una cuota del caudal hereditario, inclusive, en el caso de existir una voluntad contraria del *de cuius*; el segundo impedía que el testador se vinculase a través de la estipulación de disposiciones testamentarias que le fueran perjudiciales y que la formación de su voluntad estuviese de alguna manera viciada o coartada, sobre todo, desde el punto de vista de su revocabilidad *usque ad vitam supremum exitum*. Esta solución traslucía la preocupación del espíritu del *code civil* de garantizar la más amplia libertad testamentaria, si bien dentro del respeto de los límites del ordenamiento. El tal proscenio cultural-jurídico se insertaron, siempre más, las experiencias del código civil italiano del 1865 y del código alemán del 1900, este último con diferencias significativas.

- 34 Véase ZOPPINI, A.: *Le successioni in diritto comparato* en in *Tratt. dir. comp.* (R. Sacco). Turín (2003), P. 167, el cual observa que la particularidad del *Erbvertrag* consiste en el hecho de que “la naturaleza contractual de este negocio *mortis causa* no confiere naturaleza bilateral a la reglamentación: aquél queda sobre el plano material como un negocio jurídico unilateral, aunque el promisorio puede rechazar la disposición contenida en el mismo”.
- 35 El sistema alemán, a diferencia del italiano y francés, admite el pacto sucesorio. El § 2274 del BGB dice que “la persona de cuya sucesión se trata está legitimada para estipular un contrato sucesorio sólo personalmente”. El sucesivo § 2275 disciplina los presupuestos para la estipulación de un contrato hereditario “solamente el sujeto que tenga plena capacidad de obrar puede concluir un contrato sucesorio por sí sólo. Un cónyuge, por sí solo, junto al otro cónyuge, puede estipular un contrato sucesorio aunque tenga limitada su capacidad de obrar. En este caso, es necesario el consentimiento de su representante legal: si el representante legal es un tutor, entonces se pedirá también la autorización del tribunal de la tutela. Las disposiciones del párrafo 2º se aplican también a los prometidos”.
- 36 Del análisis del BGB pudiera parecer que uno de los pocos límites previstos por el legislador alemán en la estipulación de un pacto sucesorio como el *Erbvertrag* consiste en el objeto. El § 2278 BGB, en efecto, dice así “en un contrato sucesorio cada contrayente puede establecer disposiciones contractuales *mortis causa*. No pueden ser establecidas por contrato previsiones diferentes a las de la institución de heredado, a las de los legados o las de los gravámenes”.

contrato alemán no impone la búsqueda de la causa del *Erbvertrag*, ya que, como es sabido, "el sistema alemán es un sistema totalmente alternativo. En el sentido en que es posible configurar como abstracto cualquiera de los contratos que normalmente son causales. Las partes pueden decidir vincularse mediante un acuerdo puro de voluntad del tipo te prometo x/acepto en vez de recurrir al esquema del intercambio de promesas recíprocamente onerosas"<sup>37</sup>.

Como prueba de lo que se ha dicho, esta misma doctrina ha confirmado que "la definición comúnmente aceptada de *Vertrag* es aquella por la cual se califica como un subtipo de negocio jurídico, es decir, como una declaración de voluntad de dos o más partes. Como se puede constatar, en tal definición falta cualquier tipo de referencia a la causa [...] de todas formas se puede observar como todos ellos son actos reales, es decir, contratos en los que el solo consentimiento no basta para que nazcan obligaciones jurídicas, siendo necesaria la entrega de la cosa. El Derecho alemán regula además el contrato de donación y el de Derecho sucesorio. Los autores alemanes, lejos de equiparar el *animus liberalis* con la causa de la donación, proclaman que el concepto de donación no implica que su fundamento sea una acto de beneficencia o la intención de efectuar una liberalidad: el motivo no es pertinente en este negocio como no lo es en otros negocios"<sup>38</sup>. En consideración de tal estructura poliédrica, por un lado, se tienen que seguir las tradicionales reglas que gobiernan la materia contractual (con la consecuencia que, por ejemplo, los remedios para extinguir el vínculo son los tradicionales instrumentos reconocidos a la autonomía privada, excepto cuando se prevean instrumentos específicos); y, por otro lado, determinadas acciones para impugnar el acto pueden ser ejercitadas solamente después de la apertura de la sucesión, como, por ejemplo, la acción de anulación.

El *Erbvertrag* representa un instrumento contractual y para realizar su válida redacción es necesario que sean respetados todo los requisitos, también formales, exigidos por el ordenamiento, evidenciándose ulteriormente la naturaleza híbrida del negocio. En efecto, el contrato hereditario, al igual que el instrumento testamentario, tiene que ser estipulado por acto público (la equivalente forma testamentaria es el testamentario público) y es un acto personalísimo<sup>39</sup>. Semejante negocio tiene que ser concluido ante un notario, que lo autentica con la presencia de ambas partes. Después de su conclusión, el contrato será depositado y entregado al oficial petionario, que tiene también la obligación de custodia, a no ser que se acuerde

37 Cfr. GALGANO, F., *Atlante di diritto privato*, 5ª ed. Bolonia (2011), p. 86 y ss.

38 Literalmente GALGANO, F., *Atlante*, cit., p. 88.

39 En relación a la forma que tiene que revestir el *Erbvertrag*, el § 2276 BGB prevé que "Un contrato sucesorio puede estipularse solamente estando simultáneamente presentes ante el notario ambas partes. Son aplicables las disposiciones del § 2231 n° 1, § 2232, § 2233: lo que en base a estas disposiciones se aplica a la persona de cuya sucesión se trata, vale también para cada uno de los contrayentes. Para un contrato sucesorio entre cónyuges o entre futuros esposos, conexo a un contrato de matrimonio en el mismo documento es suficiente la forma requerida para el contrato de matrimonio".

que sea custodiado en un tribunal civil. No obstante, después de la apertura de la sucesión, el notario tiene que depositar el contrato hereditario en un tribunal, donde también será custodiado.

En cualquier caso, a diferencia del documento testamentario, el *Erbvertrag* no es libremente revocable, sino que sólo es posible desvincularse del mismo en los casos previstos legalmente, o en el caso de que contractualmente haya sido expresamente prevista una cláusula de desistimiento<sup>40</sup>. De cualquier forma, tal previsión genera en los intérpretes dudas derivadas de la coordinación de las reglas que rigen la *Erbvertrag* con el principio de autonomía testamentaria, cuya manifestación típica se plasma en la posibilidad de revocar el acto *mortis causa* hasta el último instante de la propia vida. En efecto, a la luz precisamente de tales valores, se debería, por un lado, respetar las tradicionales formalidades típicas de la disciplina hereditaria; y, por el otro, considerando que se dispone de las propias últimas voluntades, se debería reconocer a la parte una mayor autonomía de decisión. Numerosos estudios relevan que, en el caso de que se reconociese al contrayente la misma posibilidad de revocación de que goza el testador, la función del contrato hereditario sería vana. En efecto, como ha sido puesto de manifiesto “el contrato hereditario propio del Derecho germánico hunde sus propias raíces en una concepción de la autonomía privada teñida de exigencias comunitarias, conforme a las cuales la asunción de responsabilidad frente al grupo se realiza de manera más adecuada a través de un acuerdo, que mediante un acto unilateral, como es el testamento”<sup>41</sup>. Precisamente por esta “función social/colectiva” del *Erbvertrag*, según los estudiosos, el legislador hubiese preferido atribuir a los particulares los tradicionales remedios contractuales y hacer, además, vinculantes las disposiciones testamentarias. El disponente tiene a su disposición múltiples instrumentos para separarse del vínculo contractual/sucesorio, como por ejemplo el desistimiento *ad nutum*, al que se puede acudir en el caso de que una de las dos partes haya sido objeto de violencia moral o maltrato físico. Además, el *Erbvertrag* está sujeto a las tradicionales reglas en tema de nulidad y anulación y, por tanto, estaría viciado de nulidad en los supuestos de violación de normas legales.

No obstante, aunque el contrato hereditario, a diferencia del negocio testamentario, aparentemente limite de forma rígida la autonomía testamentaria del *de cuius*, lo cierto es que, desde hace tiempo, goza de una posición privilegiada, en consideración a su mayor capacidad de adecuarse a las nuevas exigencias sociales. El *Erbvertrag* es, así, un instrumento de transmisión de la riqueza *post mortem* ulterior respecto a las delaciones testamentaria y legítima, y un instrumento adecuado para

40 Véase en tal sentido ZOPPINI, A.: *Le successioni in diritto comparato*, p. 167, según el cual “la naturaleza contractual limita sensiblemente la posibilidad de operar una revocación unilateral”.

41 Textualmente MARELLA, M. R., “Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Riflessioni sul dibattito più recente”, *Nuova giur. civ.* (1991), II; véase también RESCIGNO, P., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*. Milano, 1995, p. 1 ss.

satisfacer las exigencias derivadas de la existencia de las *new families*. En efecto, los *Partners* no registrados o los convivientes homosexuales – a los que normalmente la ley impide tener derechos sucesorios cuando se acude a la vía testamentaria, si hay herederos forzosos- pueden concluir un contrato sucesorio. Es más, como ha sido observado por la misma jurisprudencia alemana, la voluntad de reconocer a los convivientes (cualquiera que sea su orientación sexual) la posibilidad de redactar un contrato sucesorio permite, a veces, derogar a las tradicionales reglas en tema de capacidad. Es, así, posible que personas limitadamente incapaces puedan estipular un *Erbvertrag*, si conviven o, incluso, si están meramente prometidos.

También la jurisprudencia, interpretando el § 229 *BGB*, parece haber llegado a tal solución de favor. Los intérpretes se han enfrentado al caso de dos menores de dieciséis años, prometidos, que habían redactado un testamento ológrafo, otorgándose atribuciones patrimoniales recíprocas. Los jueces sostuvieron que, si bien teóricamente el ordenamiento alemán permite la utilización de tres instrumentos hereditarios, en la práctica, sólo es posible utilizar uno solo. Así, la redacción de dos testamentos unilaterales no permite imponer un efectivo vínculo hereditario, en cuanto que es posible revocarlos en cualquier instante. El testamento conjunto no pudo haberse concluido, porque los dos testadores no eran *Partners* registrados.

El único modo, por tanto, para hacer vinculante la recíproca institución de herederos hubiese sido la de insertar esta disposición en un contrato hereditario. Por lo tanto, dado que ambos menores de edad eran testadores, se requería que fueran totalmente capaces, lo que, en este caso, no acontecía. En resumen, con el fin de salvaguardar la intención de las partes, la jurisprudencia alemana ha afirmado que si ambas se hubiesen obligado a concertar un futuro matrimonio, no obstante su entonces limitada capacidad de actuar, hubieran podido estipular un contrato de sucesión válido, pero siempre que ulteriormente sus recíprocos representantes (los padres) hubieran consentido la estipulación del *Erbvertrag*.

## V. LA EVOLUCIÓN DEL LEGISLADOR FRANCÉS.

El sistema francés, a diferencia del italiano y mostrándose también en esta ocasión precursor respecto a otros ordenamientos, no ha permanecido indiferente frente a las nuevas exigencias provenientes de las *new families* y de la tipología de los bienes transmisibles que progresivamente llamaban la atención de los diferentes legisladores nacionales centroeuropeos, imponiendo una relectura crítica-constructiva de la materia hereditaria.

Esta última ha sido profundamente reformada en virtud de la ley 23 junio 2006, n° 278 denominada “*réforme des successions e des libéralités*”, la cual representa la natural conclusión de un proceso de reestructuración global de la disciplina, iniciado en el 2001, en relación, no sólo a cada uno de los institutos, sino también, y, sobre

todo, respecto a los principios que la gobiernan<sup>42</sup>. La intervención del legislador cisalpino ha determinado una nueva lectura de la: “*option successoral, bénéfique d’inventaire, successions vacantes, atténuation de l’obligation au passif héréditaire, gestion de la succession, loi de majorité pour certains actes de l’indivision, égalité du partage en valeur, quasi-disparition de la révocation des donations pour survenance d’enfant, généralisation de la réduction en valeur des libéralités excessives, possibilité de renoncer du vivant de de cuius à la réduction des libéralités excessives, recul de réserve*”<sup>43</sup>. Una verdadera revolución copernicana que ha generado “la ampliación de la autonomía privada, la facilitación de la gestión del patrimonio, la aceleración de la liquidación de la sucesión, sin que ello haya significado una ruptura con las bases tradicionales, y en particular sin suprimir la prohibición de los pactos sucesorios y el sistema de legítimas<sup>44</sup>, disminuyendo, por lo tanto, pero no eliminando del todo, su carácter de principio de orden público.

Conforme a la *ratio legis* inspiradora de la reforma *de quo*, se atribuye un mayor valor a la voluntad del *de cuius* en la atribución de la liberalidad, y en la *donation-partage*, atribuyendo a los legitimarios la facultad de renunciar al ejercicio de la acción de reducción frente al tercer subadquirente, tanto antes, como después del fallecimiento del testador. Inevitablemente, esta última modificación va pareja con la que se refiere a la prohibición de los pactos sucesorios sobre delaciones hereditarias *post mortem*. Con anterioridad a la reforma operada en el 2006 por la ley n° 728, tanto en Francia, como en Italia, estaba prohibida la estipulación de pactos sucesorios, pero en el Derecho francés, a diferencia de lo que acontece en el italiano, la prohibición se limitaba exclusivamente a las sucesiones futuras, existiendo los denominados *pactes de familles*<sup>45</sup>. Dichos pactos se concluían entre los herederos antes del fallecimiento del *de cuius*, con la finalidad de repartirse entre ellos los bienes hereditarios y la gestión de eventuales empresas, sin que el testador hubiese estipulado una *donation-partage*.

42 En este sentido cfr. MALAUIRE, P. y AYNÉS, L., *Les successions les libéralités*, 2014, Issy-les-Moulineaux Cedex, p. 19, según el cual “le droit des successions a connu une évolution législative comparable à celui de la famille”. Según el autor, el legislador cisalpino ha revolucionado la materia hereditaria, actuando también bajo el impulso de los operadores jurídicos, como, por ejemplo, los notarios. Véase igualmente sobre este punto VIALLETON, H., *Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le Code civil*, II, Paris, 1960.

43 Literalmente MALAUIRE, P. y AYNÉS, L., *Les successions*, cit., quienes observan que la multiplicidad de los institutos sobre los que ha incidido la reforma es sintomática del “*ampleur de la réforme*”.

44 Literalmente, FUSARO, A., “L’espansione dell’autonomia in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani”, texto de la comunicación presentada en el XVIII Coloquio Bienal AIDC *Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto - Incentivi, premi, sanzioni alternative*, desarrollado en Ferrara del 10 al 12 mayo 2007, p. 9.

45 Véase en tal sentido SÉRIAUX, A.: *Manuel de droit des successions et des libéralités*, Paris, 2003, p. 100 y ss., según el cual, a fin de evitar un compromiso de la libertad del *de cuius*, la jurisprudencia francesa ha ampliado las redes de la prohibición de los pactos sucesorios, declarando nulas múltiples cláusulas contractuales que simulaban pactos sucesorios, como por ejemplo “*la promesse d’un bail de trente ans sur un immeuble dont le promettant n’est propriétaire que pour moitié et héritier présomptif pour le reste [...] les contrats conclus cette fois pas le de cuius sur sa propre succession: la clause d’un contrat de vente qui stipule un prix payable sous forme de rente soit pendant douze ans, soit jusqu’au décès du vendeur, puisque alors, en cas de décès avant l’expiration des douze années prévues, les héritiers perdront la propriété du bien vendu sans avoir perçu l’intégralité de la rente stipulée en contrepartie*”.

Desde el punto de vista de su contenido, estos pactos preveían que a uno de los herederos le fuese transferida la propiedad de los bienes o la gestión de la empresa y que los otros renunciaban a sus derechos. La estructura de tal institución – que ha sido el enésimo *escamotage* privatista realizado con la finalidad de reglamentar de la mejor manera posible los propios intereses patrimoniales – evidenciaba inevitablemente sus límites y su contraste con la disciplina sucesoria. Mediante estos pactos, en efecto, se corría el riesgo de vulnerar las legítimas, que antes del 2006 era sin duda consideradas como una materia de orden público, como también el de crear una desigualdad en la transmisión intergeneracional de la riqueza<sup>46</sup>. Por tanto, surgían dudas acerca de su validez. El legislador cisalpino, no obstante, con el fin de adecuar el dictado normativo a la praxis jurídica – que cada vez con más frecuencia se valía de negocios *transo mortem*, y que sustancialmente erosionaban y eludían la prohibición – ha decidido, en su constante obra de ortopedia jurídica, ampliar “la autonomía privada, pero sin derogar la prohibición de los pactos sucesorios”<sup>47</sup>.

## VI. LA COEXISTENCIA DE LA PROHIBICIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS CON FORMAS DE DELACIÓN CONTRACTUAL EN EL MODELO FRANCÉS.

La ampliación del ámbito de actuación reconocido a la autonomía privada por el legislador francés ha permitido la divulgación en este ordenamiento de formas de delación contractual, que se han acabado por convertir en un válido instrumento de los particulares para disciplinar y reglamentar las propias exigencias, a las que no se les daba respuesta desde las viejas instituciones jurídicas tradicionales.

Según los intérpretes, precisamente, la existencia de un nudo gordiano entre Derecho de sucesiones y Derecho de familia, por un lado, y entre Derecho sucesorio y Derecho de la economía, por otro, ha inducido al legislador cisalpino a prever el instituto de la sucesión contractual<sup>48</sup>. La delación contractual se subdivide en tres subcategorías: *l'institution contractuel ou donation de biens à venir*, *la donation-partage*, *la substitution fidéicommissaire*. *L'institution contractuel ou donation de biens à venir* es una donación por la cual se determina el futuro titular de todo o parte del patrimonio

46 Sobre el carácter de orden público de la legítima, véase SÉRIALUX, A.: *Manuel*, cit., p. 23.

47 Véase FUSARO, A.: “Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa”, *Ric. giur.* (2013), Suplemento, 10, p. 355.

48 Se observa que en la jurisprudencia han sido plenamente reconocidos los contratos sucesorios sobre bienes futuros “relativos a la *clause commerciale*”. Véase 72 *Congrès des Notaire de France*, I voeu de la 3 Commission, Reffrénaïs, 1975, en *Actual. Notar.*, p. 136. La doctrina ha sido la primera en pronunciarse en contra de tal prohibición, sugiriendo “la oportunidad y las razones de un posicionamiento menos invasivo en la autonomía de los privados”. De tal manera la doctrina francesa se ha posicionado en antítesis con la jurisprudencia la cual, al contrario, había mostrado la preferencia de aplicar la prohibición a múltiples hipótesis, ampliando su radio de acción. Quien ha remediado este contraste ha sido, precisamente, el legislador, mostrando “la propensión que el ordenamiento francés manifiesta cuando remite la modificación de la regla *iuris* a la explícita intervención de la norma escrita”.

del donante para el momento sucesivo a su fallecimiento: de todas formas, sus efectos se producen solamente como consecuencia del evento "muerte"<sup>49</sup>.

Tal instituto de matriz jurisprudencial, según los estudiosos, representaba ya *ab origine* el arquetipo de los pactos sucesorios sobre sucesiones futuras, excepcionalmente autorizada, justamente en razón de intereses económicos y familiares<sup>50</sup>. La comparación con institutos de nuestro ordenamiento jurídico lleva a la conclusión que también el Derecho italiano reconoce figuras jurídicas similares. Así, a través de negocios *trans mortem*, es posible disponer de bienes hereditarios con modalidades semejantes a las previstas en el modelo cisalpino, las cuales son excepcionalmente admitidas, porque su propia causa no se identifica con la muerte del disponente, sino que estructuralmente se pueden asimilar a los negocios *inter vivos*<sup>51</sup>.

La verdadera diferencia respecto a esta última categoría se halla en la operatividad de los efectos, sucesivamente al fallecimiento del *de cuius*. El *discrimen* entre el modelo cisalpino y el italiano radica en la fuente de producción de los mencionados institutos, que sustancialmente en el modelo francés tienen una fuente legislativa, mientras que en italiano está basado en el Derecho real vivo<sup>52</sup>. Similar resultado no sorprende, considerando que el legislador francés, desde hace tiempo, se muestra mucho más propenso y ágil en la reglamentación de nuevos institutos, en vez de dejarlos a libre interpretación de los operadores del Derecho. Sin embargo, por exigencia de exhaustividad y de claridad, se tiene además que evidenciar que el instituto francés, a diferencia del italiano, deroga el principio de irrevocabilidad de la donación por ingratitud y la prohibición de los pactos sucesorios.

Con la expresión *biens à venir* se designan los bienes que todavía no forman parte del patrimonio del donatario en el momento del acto de donación. Estos bienes entrarán en su patrimonio sólo en el momento del fallecimiento del *de cuius*. La verdadera particularidad del instituto consiste en el hecho que sucesivamente el donante no puede disponer de sus bienes, en cuanto el acto de disposición es irrevocable. La excepcionalidad de tal negocio, al igual que lo acontecido con

49 Véase ZOPPINI, A.: *Le successioni*, cit., p. 163, según el cual el instituto representa la excepción más significativa de la prohibición de los pactos sucesorios junto con la *donation-partage* y la sustitución de los fideicomisarios en los casos en que se ha admitido.

50 En tal sentido LEVENEUR, L. y LEVENEUR, S.: *Successions-Libéralités*, 1999, Issy-les-Moulineaux Cedex p. 34 ss.; los autores subrayan la utilidad de las sucesiones contractuales, no sólo para disciplinar los asuntos patrimoniales de una familia fundada sobre el matrimonio, sino también de una familia no tradicional – es decir, legítima- sino natural. Otras excepciones previstas por el instituto se refieren a la institución del concebido como heredero, mientras que tradicionalmente en Francia, a diferencia de nuestro sistema, el *nasciturus* no se considera heredero.

51 Véase en este sentido PALAZZO, A.: *Testamento e istituti alternativi*, en *Tratt. dir. Priv.* (ALPA y PATTI). Padua (2008), p. 242 ss.

52 Cfr. ZOPPINI, A.: *Le successioni*, cit., p. 163, según el cual "en un ambiente normativo inspirado en principios no diferentes de los que informan el ordenamiento italiano, el legislador francés ha intervenido para dar certeza a las reglas estatutarias".

la *donation-partage* y con la *substitution fidèicommissaire*, ha llevado al legislador a prever límites rigurosos a su conclusión, y en efecto, puede ser “*stipulée dans un contrat de mariage, en faveur d'un époux ou des deux*”<sup>53</sup>, con la consecuencia de que cualquier donación concluida en contraste con tal regla es anulable, representando eventualmente un pacto sobre la sucesión futura no autorizado por la ley. Diversa es la función, y según algunos autores, también la estructura, de la *donation-partage*. En efecto, esta última cumple la precípua función de asignar a un heredero seleccionado por el empresario las cuotas societarias de la empresa, a fin de intentar garantizar la continuación de esta última, consintiendo atribuirle a quien se considera más hábil en la gestión de los bienes empresariales<sup>54</sup>.

No obstante, a diferencia de la *institution contractuelle ou donation de biens à venir*, en la *donation-partage* los efectos se realizan con anterioridad a la muerte del empresario. En consecuencia, centrándose en momento en que tiene lugar la producción de los efectos, estudiosos e intérpretes vuelven a equiparar tal negocio con la categoría de los actos *inter vivos*, y, concretamente, con una donación sobre los bienes futuros hereditarios. Podría correrse el riesgo de eludir la prohibición sobre los pactos sucesorios futuros, pero un sector autorizado de la doctrina considera que tal negocio no deroga dicha prohibición, sino las reglas, todavía más tradicionales del Derecho hereditario francés, que tienen que ver con el cómputo de la masa hereditaria. En efecto, lo que es atribuido a título de *donation-partage* no será sucesivamente incluido entre las donaciones que deben detraerse en el cálculo del caudal hereditario, a diferencia de cuanto ocurre con las tradicionales donaciones. Sin embargo, contra lo sostenido por la jurisprudencia, otra parte de la doctrina entiende que el instituto *de quo* deroga de manera efectiva y concreta la prohibición de los pactos sobre sucesiones futuras, al reglamentarse la distribución de las cuotas societarias también para el periodo sucesivo al fallecimiento del testador. No obstante ello, los estudiosos, en cualquier caso, parecen mostrarse benévolos en relación con la reforma legislativa del 2006, a diferencia de la magistratura que, en cambio, parece manifestar dudas y perplejidad respecto a la misma, la cual considera que una derogación de la prohibición de los pactos sucesorios pudiera comportar el peligro de incurrir en los riesgos que, desde hace tiempo, han llevado a gran parte de los legisladores de Derecho civil a predisponer la mencionada prohibición, como por ejemplo el *votum captandae mortis*.

Precisamente, por esta razón, la jurisprudencia admite una aplicación restrictiva de la *donation-partage* no consintiendo, en ningún modo, una aplicación analógica del instituto<sup>55</sup> y considerando nulas todas las hipótesis que aparentemente entran en el ámbito de la *donation-partage*, pero que, en realidad, sólo son negocios que tratan

53 Cfr. LEVENEUR, L. y LEVENEUR, S.: *Successions-Libéralités*, cit., p. 40 ss.

54 Cfr. ZOPPINI, A.: *Le successioni*, cit., p. 166.

55 Civil I<sup>º</sup>, 3 enero 2006, n° 02-18.586, inédito.

de eludir la prohibición de los pactos sucesorios. La reforma del Derecho francés de las sucesiones llevada a cabo con la ley núm. 728 del 23 junio 2006, que ha previsto formas contractuales de delación hereditaria, no obstante la existencia de la prohibición de los pactos sucesorios, ha llevado a demostrar su posible coexistencia y ha permitido evidenciar el intento del legislador francés de modernizar la disciplina hereditaria. La voluntad reformadora tiene su origen en un cambio sustancial del valor de la familia, de la nueva concepción de la propiedad y de un progresivo fenómeno de armonización entre sistemas, y no solamente en el área euro-continental.

## VII. EL LEGISLADOR ITALIANO NO ESTÁ TODAVÍA PREPARADO PARA ACEPTAR LAS NUEVAS FORMAS DE UNIÓN FAMILIAR.

En el código civil italiano del 1942 – que como es sabido, sigue las orientaciones del modelo francés, habiendo tomado del *BGB* alemán solamente su orden sistemático<sup>56</sup> – se evidencia de forma clarísima, la voluntad del legislador de eliminar la conexión funcional entre el fenómeno sucesorio y la conservación de la riqueza y el poder en el seno de estrechos núcleos familiares, teniendo como finalidad principal la de reforzar la tutela de la unidad de la familia, entendida ésta como “célula primigenia de la Nación”<sup>57</sup>. La familia se ha transformado de una unidad productiva en un núcleo de consumo, atribuyéndosele misiones y roles que antes recaían sobre otros entes, entre ellos, destacadamente, los típicos del Estado social. Desde este planteamiento, ven la luz las normas reguladoras de la sucesión necesaria, si bien – poco tiempo después – con la promulgación de la Constitución del 1948, se evidenciarían los límites conceptuales congénitos al instituto de la legítima, fundado sobre profundas disparidades entre hombre y mujer, en neto contraste con el principio de igualdad expresado por el artículo 3 de la Constitución. A este problema trató de dar solución, después de decenios, la reforma del Derecho de familia llevada a cabo por la ley nº 151 del 1975, que entre otras novedades, incluyó al cónyuge superviviente en el elenco de los legitimarios, consagrando el definitivo tránsito de la “familia extensa” a la “familia nuclear”, de la familia de tipo patriarcal a la familia igualitaria, con las imaginables repercusiones jurídicas en el seno del fenómeno sucesorio.

Una interpretación sistemática de la Carta constitucional ha permitido, además, tomar distancia respecto de la tradicional concepción jurisprudencial y doctrinal, propicia a crear un nudo gordiano entre propiedad y Derecho de sucesiones, es decir, a considerar el Derecho hereditario como el instrumento privilegiado de

56 En este sentido cfr. GALLO, F.: *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti giuridici*, 2ª ed. Turín (2003), pp.199 y ss., quien reivindica la originalidad de la codificación italiana del 1865, aunque modelada sobre el *Code civil* francés; pero observando que el legislador post-unitario no se limitó a hacer un seguimiento pasivo o a realizar una imitación acrítica, sino que hizo propias las innovaciones aportadas por la jurisprudencia en el mismo código napoleónico y, además, acogió soluciones elaboradas por la pandectística alemana.

57 Cfr. CICU, A.: “Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile”, *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 3 ss.; MOSCATI, E.: “I limiti della successione per rappresentazione nella linea collaterale (profili storici e costituzionali)”, *ibi*, 1977, I, pp.518 ss. y 541.

transmisión de la riqueza, olvidando las también existentes conexiones entre el fenómeno sucesorio y la unidad de la familia. Si bien es cierto que del artículo 42, párrafo 4º, de la Constitución, en relación con los párrafos anteriores del precepto, y, sobre todo, con el art. 2 de la Constitución, se desprende la voluntad de los Padres Constituyentes de reconocer la propiedad, determinando “los modos de adquisición, el disfrute y los límites al fin de asegurar la función y de hacerla accesible a todos”<sup>58</sup>, no lo es menos que es en dicha disposición en donde se debe buscar el fundamento ideológico moderno del Derecho hereditario; como también es indudable que existe una estrecha unión entre este último y la ideológica cohesión del instituto familiar<sup>59</sup>.

A la exigencia de preservar la unidad del conjunto familiar responde también, en nuestro ordenamiento, el instituto jurídico de la legítima, que se traduce en un límite sustancial a la facultad de testar del *de cuius* en favor de sus herederos<sup>60</sup>

- 58 Cfr. CAPOZZI, G.: *I diritti reali*. Milán (2001), p. 43 y ss. El autor sostiene que el art. 42 de la Constitución es una norma de fundamental importancia para la tutela de la propiedad, la cual puede ser comprimida sólo en presencia de intereses socialmente relevantes. El constituyente ha pretendido reconocer una función social al instituto de la propiedad.
- 59 Cfr. GABRIELLI, G.: “Rapporti familiari e libertà di testare”, *Familia* (2001), p. 11 ss.; para los expertos sociológicos GLENDON, M.A.: *The transformation of Family Law State, Law, and Family in the United States and in Western Europe*. Chicago-London (1989), p. 238 ss.
- 60 Cfr. MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte*, II, 4ª ed., en *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo y Mengoni, continuado por P. Schlesinger. Milán (2000), p. 18; MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, 6. Milán (1962), p. 291; AZZARITI, G.: *Le Successioni e le donazioni*. Turín (1990), p. 215 ss.; BIGLIAZZI GERI, L.: *Le successioni a causa di morte*. Turín (1996), p. 11 ss. *Contra*, A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 10; MENGONI, L.: loc. ult. cit., p. 140. El objetivo del instituto es garantizar el principio de solidaridad familiar; asegurando a los legitimarios el derecho sobre una cuota del caudal hereditario, después del fallecimiento del *de cuius*, incluso existiendo una voluntad contraria del causante. En cualquier caso, para evitar una total mortificación de la autonomía privada se ha previsto una limitación cuantitativa, pero no cualitativa, pudiendo el testador decidir libremente qué bienes se incluyen en el denominado patrimonio indisponible. Después de la reforma del Derecho familia 1975 el cónyuge superviviente ha sido incluido en la categoría de los legitimarios, lo que en el ordenamiento francés ha acontecido mucho más tarde (en 2001). El código de 1942 no contemplaba entre los legitimarios a los hijos naturales y al cónyuge superviviente. A este último, como en el sistema francés, se le atribuía solamente el usufructo sobre una cuota de propiedad. La adquisición de la cualidad de legitimario se ha verificado sólo con la entrada en vigor de la ley de reforma del Derecho de familia, que está claramente impregnada por los valores constitucionales de la igualdad. La diferencia es sintomática de una parcial diversidad de funciones de la *legittima nostrana* respecto al homólogo instituto francés; el legislador italiano se ha mostrado más atento a garantizar el principio de solidaridad familiar respecto a la exigencia de transmisión del patrimonio, en obsequio al espíritu de los padres fundadores de la República Italiana transmitido en la Carta. El “nexo relacional que une el Derecho sucesorio con el Derecho de familia” se ha traducido, sobre el plano normativo, en la revalorización *tout court* de la persona del cónyuge, tanto en las fases fisiológicas y patológicas del matrimonio, como desde el punto de vista hereditario. Cfr. En tal sentido SCALISI, A.: “La famiglia e le famiglie”, en AA.VV.: *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*. Padua (1985); RESCIGNO, P.: “Interessi e conflitti nella famiglia: l’istituto della mediazione familiare”, extraído de los *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*. Padua (1995), p. 417 ss., y ahora en *Matrimonio e famiglia. Cinquanta anni del diritto italiano*. Turín (2000), p. 331 ss.; AUTORINO STANZIONE, G.: “La famiglia non fondata sul matrimonio”, en *Studi in onore di P. Rescigno*, II, *Diritto privato*. Milán (1998), p. 347 ss. A diferencia del legitimario francés, el legitimario italiano no concurre en el pago de las deudas. La cuota variable está calculada, en efecto, sustrayendo del *relictum* las deudas y añadiendo el *donatum*. El legitimario no tiene necesariamente la cualidad del heredero. En este sentido véase MENGONI, L.: loc. ult. cit.; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*. Milán (2009), p. 276. A juicio de la doctrina prevalente, tal cualidad se adquiere sólo después del ejercicio exitoso de la acción de reducción. Por tanto, el legitimario no sería titular de la cuota de patrimonio que le corresponde *ex lege*, ni de otra forma de delación, más de la lesiva; al estar en vigor en nuestro sistema la prohibición de predisponer dos formas de delación incompatibles entre ellas en relación a los mismos bienes. Ha sido muy debatido si el legitimario preterido – dado que el ejercicio de la acción de reducción presupone la aceptación de la herencia- “debe aceptar la herencia después de la sentencia de reducción o si la aceptación está ya implícita en la demanda de reducción”. La cuestión parece haberse resuelto en el segundo sentido, dado que en esta circunstancia, se ha invertido el orden cronológico de la secuencia de los hechos; en primer lugar, se halla el acto

. Aun dirigiendo su mirada a otras experiencias jurídicas ajenas, nuestro texto constitucional continúa siendo un formidable caleidoscopio que se halla en grado de acoger las relaciones *también* sistemológicas propias de una realidad ya “globalizada”. Se presenta como un insustituible instrumento para penetrar en la estructura y en la función de los institutos de carácter sucesorio, y en virtud de su complejidad jurídica se comprueba que el reparto de la riqueza entre los miembros de misma unidad familiar es un objetivo alcanzable, incluso a través de reglas no codificadas, por parte de la sociedad civil.

Efecto colateral de esta producción normativa que emerge de elementos meta jurídicos es precisamente el de evitar luchas intestinas, preservando la unión agnaticia en el tiempo. Se garantiza, así, a los legitimarios que les será atribuido parte del patrimonio, pero se evita también que el patrimonio se disgregue, tanto si es conspicuo como de exigua entidad, encontrándose el testador en la condición de poder/deber transmitir los propios bienes a los miembros de su mismo núcleo familiar<sup>61</sup>. El Derecho sucesorio, quizás de modo inconsciente, se transforma entonces en guardián del principio consagrado en el art. 47 de la Constitución, de tutela del ahorro<sup>62</sup>.

La reserva de ley contenida en el último párrafo del artículo 42 de la Constitución, suministra también significativas indicaciones acerca de la estructura del Derecho de sucesiones<sup>63</sup>. La misión que le ha sido encomendada por el legislador no es seguramente fácil de cumplir; debido al progresivo desquiciamiento del “principio” de la tipicidad de los actos *mortis causa* llevado a cabo por la autonomía privada, que reviste un rol, cada vez más relevante, en un sector científico que hasta ahora no ha sido particularmente explorado.

Prueba de lo dicho es la profunda discrepancia entre las normas y la praxis; mientras el legislador italiano, a diferencia del alemán y francés, ha previsto como instrumentos de delación hereditaria el testamento – cuya naturaleza jurídica, en parte, está todavía en discusión, mientras que son ciertas las formalidades que deben respetarse para su validez – y la sucesión legítima, los particulares, para satisfacer sus propios intereses, disciplinan la situación jurídico-patrimonial para el periodo posterior a su muerte a través actos “atípicos”, *trans mortem*, inspirándose no solamente a soluciones maduradas más allá de los Alpes, sino también a experiencias de *common law*. Esto determina sustancialmente dos consecuencias: la

---

de voluntad del legitimario, después la delación y sucesivamente la adquisición. En cualquier caso, la delación es una forma de delación hereditaria pero atípica; para la adquisición de la cualidad de heredero, además de ser legitimario, es necesaria la aceptación de la heredad y el eventual ejercicio exitoso de la acción de reducción.

61 Cfr. PANZA G. y PANZA, F.: *Successioni in generale tra codice civile e Costituzione*, en *Tratt. dir. civ. CNN*, dirigido por P. Perlingieri. Nápoles (2004), p. 13.

62 En este mismo sentido cfr. BONILINI, G.: “Autonomia negoziale e diritto ereditario”, *Riv. not.*, 2000, p. 789 ss.

63 Cfr. PANZA G. y PANZA, F.: *Successioni*, cit., p. 10 ss.

imposibilidad de considerar absolutamente típicos los actos *mortis causa* y la entrada en nuestro ordenamiento de una sucesión "anómala", la contractual, que se añade a la testamentaria y legítima, como *tertium genus*, y que pareciera ser alguna vez el único instrumento a disposición de los privados para reglamentar los intereses patrimoniales en el respeto de los propios deseos. En cualquier caso, se debe observar que este tipo de praxis innovadoras no puede llegar hasta el extremo de *novar* las normas hereditarias, pues ello sería contrario a los principios que, desde siempre, regulan los sistemas de *civil law*, en los que, como es sabido, la fuente primaria es solamente la ley ordinaria. Por lo tanto, sería deseable que tal labor de ingeniería jurídica fuera llevada a cabo por el legislador o, por lo menos, por el "Juez de leyes", con sentencias *manipulativas* (*rectius* aditivas), que es el único intérprete en grado de modificar la estructura y función de una norma, además de interpretarla en sintonía con el juicio de constitucionalidad. De todas formas, la *law in action* demuestra que es, precisamente, la jurisprudencia la que está abriendo el camino para la tutela de nuevas formas de uniones también en la materia hereditaria, en disfavor de la antiguas tradiciones que caracterizan nuestro ordenamiento jurídico.

### VIII. LA CONSULTA BUSCA TUTELAS SUCESORIAS ALTERNATIVAS PARA LAS NEW FAMILIES: LA EMBLEMÁTICA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR ITALIANO EN EL CASO DE INCLUSIÓN DEL CONVIVIENTE EN EL CONTRATO DE ALQUILER (EX ART. 6 LEY N° 392/78).

Las intervenciones esporádicas del legislador italiano, que modifican e integran los instrumentos de delación hereditaria, no suscitan excesivo interés y no parecen todavía estar preparadas para aceptar la evolución del Derecho de familia<sup>64</sup>.

En realidad, en los pocos casos en los que el legislador parece haber pretendido tutelar al conviviente *more uxorio*, una investigación sistemática permite deducir que su finalidad última es siempre la protección de los hijos. Así lo demuestra una reciente sentencia de la Corte constitucional, la cual al interpretar el art. 6, párrafo tercero, de la ley del 27 julio 1978, n° 392, ha considerado manifiestamente infundada

64 En la actualidad (abril 2016) está en curso de aprobación en la Cámara de Diputados del Parlamento italiano, después de haber sido aprobado el 25 de febrero en el Senado, una importante reforma querida por parte de la mayoría del Gobierno, relativa a la Regulación de las Uniones civiles y de las convivencias (denominada *Decreto Cirinnà*). Si bien el *iter* de la aprobación parlamentaria no está exento de obstáculos y variaciones, fruto de enmiendas al texto original, la intención del legislador es la de establecer una reglamentación de la materia de las uniones civiles, también desde un punto de vista sucesorio. En particular, se siente la necesidad de disciplinar el caso de muerte de uno de los dos convivientes, encontrándose el *partner*, a falta de testamento, privado de cualquier tutela, en una situación *delicada*, si el *partner* en vida es más débil desde un punto de vista económico. El art. 42 del texto aprobado en el Senado disciplina, en caso de muerte del propietario de la casa, residencia común, "el derecho del conviviente de hecho, supérstite, de continuar habitando en la misma por dos años o por un período semejante a la convivencia, si es superior a los dos años, con el límite, no obstante, de los cinco años. En el caso de que cohabiten hijos menores o discapacitados del conviviente supérstite, el mismo tiene derecho a continuar habitando en la casa, residencia común, por un período no inferior a tres años. Además (art. 43), en los casos de muerte del arrendatario o de rescisión del contrato de arrendamiento en la casa, residencia común, el conviviente de hecho tiene la facultad de sucederle. Tal disciplina remite a la disposición equivalente (art. 6) presente en la ley n. 392/78 (*Equo Canone*), extendiéndola al caso de las uniones civiles.

la cuestión de legitimidad constitucional promovida por el juez proponente, quien denunciaba que la norma sólo permite subrogarse al conviviente en el contrato de arrendamiento cuando hay hijos<sup>65</sup>.

No obstante, la jurisprudencia ordinaria realiza una labor precursora respecto al legislador, equiparando sustancialmente la figura del conviviente *more uxorio* a la del cónyuge. La Corte de Casación, refiriéndose siempre a los problemas inherentes al contrato de arrendamiento sobre inmuebles, ha sostenido que “el cónyuge del arrendatario es titular de una mera expectativa en la sucesión en el contrato de arrendamiento, al igual que conviviente *more uxorio*, de los herederos, de los parientes y de afines, habitualmente convivientes con el inquilino”<sup>66</sup>

Así mismo, el *Supremo Consesso* de justicia administrativa ha observado que “el artículo 107 (Sucesión en la asignación del alojamiento) l. provincia Bolzano 17 diciembre 1998, n° 13 (Ordenamiento edilicio de habitación subvencionada), después de haber seguido en el párrafo 1° el principio general de que ‘en caso de fallecimiento del arrendatario, el cónyuge lo sucederá y el contrato de arrendamiento será inscrito a su favor’, establece en el párrafo 4° que ‘a falta de sucesores convivientes o de padres se equipará al cónyuge superviviente a la persona que hubiera convivido *more uxorio* con el inquilino, al menos durante dos años, en el momento su fallecimiento, a condición que esté incluido en el elenco de los arrendatarios, conforme a lo previsto por el art. 105’ [es decir, el elenco – que el IPES tiene que conservar – de los arrendatarios a los que ha sido asignada una habitación edilicia residencial pública] [...] El art. 7, letra b) d.P.G.P. n° 42 del 1999 ha considerado convivientes *more uxorio* a dos personas de sexo diverso que conviven desde, al menos, dos años en una ‘habitación común’; las normas vigentes no exigen

65 Cfr. Corte constitucional, 14 enero 2010, n° 7, en [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it); en igual sentido Corte constitucional, 11 junio 2003, n° 204, en *Giur. cost.*, 2003, p. 3, según la cual “Está manifiestamente infundado, en referencia al art. 3 de la Constitución, la cuestión de constitucionalidad del art. 6 l. 27 julio 1978 n° 392, en la parte en que no prevé que, en caso de cesación de la convivencia *more uxorio*, el arrendatario de un inmueble para uso habitacional sea sucedido en el contrato de arrendamiento por el conviviente que haya quedado en la posesión del inmueble, también a falta de prole común, en cuanto que la consideración de que la convivencia *more uxorio*, basada sobre el afecto cotidiano, libremente y en cualquier momento revocable, presenta características profundamente diversas respecto a la relación conyugal, tales de impedir la automática parificación de las dos situaciones al fin de deducir la exigencia constitucional de una parificación de tratamiento, vale también en relación a la comparación entre la cesación de la convivencia con prole y la cesación de convivencia sin prole: se trata, también en este caso, de situaciones totalmente heterogéneas, respecto a las que no se pueden invocar ni el principio de igualdad ni las argumentaciones contenidas en la sentencia n° 404 del 1988, para sostener la exigencia de tutelar un núcleo familiar sobre el presupuesto de la existencia de la prole natural”. Con estos pronunciamientos la Corte constitucional parece apartarse de una pasada orientación, Corte constitucional, 24 marzo – 7 abril 1988, n° 404, según el cual, interpretando el art. 6, párrafo 1°, ley 27 julio 1978, n° 392, en materia de “Regulación de arrendamiento de inmuebles urbanos”, la sucesión en el contrato de arrendamiento también en el caso de conviviente *more uxorio* está garantizada; en el mismo sentido Casación, 27 enero 2009, n° 1951, en *Dir. giust.*, 2009, 4, p. 353, la cual precisa que “la convivencia con el arrendatario difunto [...] a efectos de sucesión en el contrato de arrendamiento de inmueble para uso de habitación tiene que ser progresiva, estable y habitual. Tal convivencia constituye una situación compleja caracterizada por una comunidad de vida, anteriormente existente a la muerte del arrendatario, que no se da cuando el aspirante a sucesor se haya transferido en la habitación alquilada sólo por razones transitorias”.

66 Véase, 21 noviembre 2011, n° 24456, en *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1145.

una determinada prueba para reconocer tal convivencia, remitiendo la misma a los documentos expedidos por los órganos administrativos competentes”<sup>67</sup>.

Los estímulos innovadores, provenientes de la jurisprudencia, demuestran que la realidad social suscita inevitablemente a los juristas problemas diversos de los disciplinados por el legislador del 1942 y por el Constituyente del 1948, periodo histórico en el que el valor *familia* tenía connotaciones diferentes.

El legislador, por tanto, no puede seguir ignorando fenómenos sociales, que merecen y necesitan una nueva reglamentación. El camino que debiera seguirse no es de eliminar institutos de orden público, sino el de realizar una relectura de los mismos, consintiendo a los particulares la posibilidad de auto reglamentar sus propios intereses, tanto con actos *inter vivos*, como *mortis causa*. Por otra parte, el legislador italiano ya ha legislado en este sentido, introduciendo el denominado pacto de familia para satisfacer necesidades de tipo económico (l. 55/2006).

Ha llegado el tiempo de interesarse también por los problemas derivados de las *new families*, que ya están sugiriendo con urgencia nuevas dinámicas para los llamados a la herencia.

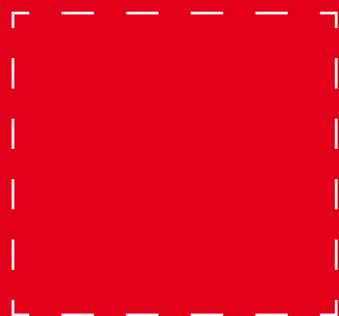
---

67 Cfr. Corte Constitucional, 18 mayo 2012, n° 2879, en *Foro amm. C.d.S.*, p. 1113.





CRÓNICA  
JURISPRUDENCIAL



CRÓNICA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ARRENDAMIENTO  
URBANO

*JURISPRUDENTIAL CHRONICLE ON URBAN LEASING*

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 344-367*



José Ramón  
DEVERDA  
y Pedro  
CHAPARRO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 18 de marzo de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objeto analizar el nuevo régimen de arrendamientos urbanos en España tras las reformas introducidas por la Ley 4/2013, examinando las cuestiones principales mediante el recurso a ejemplos jurisprudenciales.

**PALABRAS CLAVE:** Arrendamientos urbanos; vivienda; prórroga; renta; obras; derechos de adquisición preferente.

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the new regime of urban leases in Spain after the reforms introduced by Law 4/2013, examining the main issues by the recourse to jurisprudential examples.

**KEY WORDS:** Urban leases; house; extension; income; works; first refusal rights.

**SUMARIO.-** I. La Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994.- II. Clases de arrendamientos.- 1. Arrendamiento de vivienda.- 2. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda.- III. Disposiciones comunes a ambas clases de arrendamientos.- IV. Regulación legal del arrendamiento de vivienda.- 1. Cesión y subarriendo.- 2. Duración del contrato.- 3. La prórroga forzosa.- 4. Tácita reconducción.- 5. Desistimiento.- 6. Situaciones de crisis matrimonial del arrendatario.- 7. Subrogación mortis causa.- 8. La renta.- 9. Conservación de la vivienda.- 10. Obras en la vivienda arrendada.- 11. Derechos de adquisición preferente.- 12. Suspensión por falta de habitabilidad de la vivienda.- 13. Resolución del contrato.- 14. Extinción del contrato.

---

## **I. LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1994.**

La materia de arrendamientos urbanos ha sido objeto desde antiguo de diversas leyes especiales.

En la actualidad la materia se rige por la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU, en adelante), de 24 de noviembre de 1994, que sustituye a la anterior Ley de 24 de diciembre de 1964, por la que se rigen los contratos celebrados bajo su vigencia.

Una de las diferencias fundamentales entre ambas Leyes es que en la antigua se reconocía al inquilino el derecho a prórroga forzosa indefinida por todo el tiempo en que viviera (art. 57 LAU de 1964), mientras que en la de 1994 la prórroga forzosa tuvo, inicialmente, un límite máximo de 5 años y, actualmente, tras reforma operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de 3 años.

Por lo tanto, para determinar la legislación aplicable a un contrato de arrendamiento urbano habrá que fijarse en su fecha, ya que según sea anterior o

### **• José Ramón de Verda y Beamonte**

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Director Académico de la Revista Boliviana de Derecho (rBD); Director de la Revista "Actualidad Jurídica Iberoamericana"; Director del Proyecto de Investigación "DER2013-47577-R. Impacto social de las crisis familiares" del Ministerio de Economía y Competitividad y Director del Grupo de Investigación de la Universidad de Valencia "Research Group Person and Family" (GIUV 2013-101).

### **• Pedro Chaparro Matamoros**

Licenciado en Derecho (2011) y en A.D.E. (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Es becario de investigación F.P.U. en el Dpto. de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, y Secretario de la Revista Boliviana de Derecho y de la Revista "Actualidad Jurídica Iberoamericana". Ha centrado sus líneas de investigación en el Derecho de Familia, en la propiedad industrial e intelectual, y en las distintas intromisiones que pueden efectuarse en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Obtuvo el Accésit en la modalidad "Derecho Civil y Mercantil" del Premio "Estudios Financieros" 2013.

posterior al 1 de enero de 1995 regirá la LAU de 1964 o la LAU de 1994, según resulta de la Disposición Final Segunda de esta última<sup>1</sup>.

Recientemente, la LAU de 1994 ha sido objeto de importantes reformas por parte de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, la cual entró en vigor el 6 de junio de 2013, aplicándose, pues, las modificaciones en ella contenidas a los arrendamientos de viviendas que se celebren con posterioridad a esta fecha, ya que dicha ley, según se desprende de su Disposición Transitoria Primera, no tiene eficacia retroactiva.

En su Preámbulo, se dice que la “Ley tiene [...] el objetivo fundamental de flexibilizar el mercado del alquiler para lograr la necesaria dinamización del mismo, por medio de la búsqueda del necesario equilibrio entre las necesidades de vivienda en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores para su puesta a disposición del mercado arrendaticio”; y ello, pretender conseguirlo, mediante unas reformas que, inciden, entre otros, sobre los siguientes aspectos: 1º. “El régimen jurídico aplicable, reforzando la libertad de pactos y dando prioridad a la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la Ley”. 2º. “La duración del arrendamiento, reduciéndose de cinco a tres años la prórroga obligatoria y de tres a uno la prórroga tácita”. 3º. “La recuperación del inmueble por el arrendador, para destinarlo a vivienda permanente en determinados supuestos [...] sin necesidad de previsión expresa en el mismo, dotando de mayor flexibilidad al arrendamiento”. 4º. “La previsión de que el arrendatario pueda desistir del contrato en cualquier momento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses y lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días”. 5º. La “seguridad del tráfico jurídico inmobiliario”, de modo que “el tercero adquirente de una vivienda que

1 También habrá que tener en cuenta el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica (conocido como “Decreto Boyer”), cuyo art. 9 suprimió la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos. Los contratos celebrados bajo su vigencia tienen, pues, una duración limitada al tiempo que libremente hubiesen estipulado las partes contratantes. La promulgación del RD 2/1985 dio lugar a problemas de interpretación de la voluntad de las partes respecto del alcance de los actos de novación de contratos existentes con anterioridad a su entrada en vigor; y, por lo tanto, sujetos al art. 57 LAU 1964, que establecía la prórroga forzosa indefinida. La STS 12 marzo 2009 (Tol 1466721) ha precisado que la novación consistente en sustituir la vivienda arrendada, situada en una planta baja, por otra, ubicada en la primera planta del mismo edificio, por necesitar el arrendador la primera de dichas viviendas para ampliar su negocio, era meramente modificativa, al haberse mantenido las cláusulas del contrato originario de manera idéntica a como se habían pactado hacía más de 50 años. Dice, así, que no puede considerarse que la firma, en 1991, del documento de sustitución del objeto arrendado “suponga una renuncia del arrendatario a su derecho de prórroga, pues no existe en el contrato escrito una manifestación expresa de renuncia [...] ni se puede entender que una simple modificación de la planta arrendada en tanto y cuanto se hace a solicitud y conveniencia del arrendador, en una relación arrendaticia de amplia duración y con una regulación convencional inalterada pueda aceptarse como un acto concluyente de renuncia, no siendo posible declarar la existencia de novación extintiva”. También se planteó el alcance que había que atribuir a la expresión “duración indefinida”, contenida en contratos celebrados con posterioridad al 9 de mayo de 1985, en los que se fijaba una renta anual. La STS 18 diciembre 2009 (Tol 1757033) afirma que en los contratos celebrados bajo la vigencia del RD 2/1985 “es necesario que el pacto de prórroga forzosa conste con toda claridad y sin ninguna duda”, por lo que “se necesita examinar cuál es la intención de las partes”, considerando que, en el caso juzgado, tras calificar la duración del contrato como “indefinida”, “no hace ninguna referencia a una supuesta prórroga forzosa, sin que sea lo mismo la tácita reconducción”.

reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito”.

El art. 1 LAU dispone que “La presente Ley establece el régimen jurídico aplicable a los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda”.

El precepto debe leerse en el sentido de que cualquier contrato de arrendamiento sobre finca urbana se regula por la LAU, siendo las normas del Código civil sobre la materia meramente supletorias de aquélla.

No obstante, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 LAU, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la misma una serie de contratos, que están sujetos a una normativa específica (laboral o administrativa), como son los relativos al uso de las viviendas que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios, tengan asignadas por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten<sup>2</sup>; o al uso de las viviendas militares o universitarias; así mismo, los contratos en que, arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento (los cuales se regirán por la LAR).

Así mismo, tras la reforma de 2013, también quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LAU, por disposición del art. 5 e) de la misma, los denominados arrendamientos turísticos, esto es, “La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial”.

## II. CLASES DE ARRENDAMIENTOS.

En atención sobre la finca sobre la que recaen los arrendamientos, éstos pueden ser de vivienda o de uso distinto al de vivienda.

### I. Arrendamiento de vivienda.

Según el art. 2 LAU, “Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recaer sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario”, aplicándose también sus normas “al mobiliario, los trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador”.

2 La SAP La Rioja 7 marzo 2001 (JUR 2001, 165960) declaró resuelto el contrato de arrendamiento de vivienda a un policía, por encontrarse excluido de la LAU.

En el caso de que lo arrendado sea una plaza de garaje, como finca independiente, y no, como anejo de una vivienda, la jurisprudencia más reciente parece ser favorable a considerar aplicable el Código civil, en vez de la LAU<sup>3</sup>.

Por lo tanto, el hecho de que el arrendatario realice alguna actividad profesional en su casa, como, por ejemplo, el ejercicio de la abogacía o de la medicina, no excluye la calificación del contrato como arrendamiento de vivienda, siempre que ésta sea el destino primordial de la finca<sup>4</sup>.

A tenor del art. 4.2 LAU, “los arrendamientos de vivienda se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil”.

Ahora bien, la voluntad de las partes ha de respetar los numerosos preceptos de la LAU, que, a pesar de la reforma de 2013, siguen teniendo carácter imperativo, es decir: por un lado, las normas comunes a los dos tipos de arrendamientos en ella regulados, contenidos en los Títulos I y IV, a las que posteriormente, nos referiremos; y, por otro, las específicas normas relativas a los arrendamientos de vivienda, contenidas en el Título II.

El art. 6 LAU, con el que se inicia el Título II, dice, así, que “Son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice”.

Los pactos contrarios a la Ley darían lugar a la nulidad parcial del contrato, sustituyéndose los pactos inválidos por la norma infringida.

Del precepto se deduce que la primera fuente de reglamentación contractual es el Título II de la LAU (arts. 6 a 28), que contiene una serie de normas relativas a la duración del contrato, a la renta, a los derechos y obligaciones de las partes y a la extinción del contrato, que tienen un marcado carácter imperativo, ya que tratan de evitar que las partes puedan llegar a pactos contrarios al inquilino, al que se le supone la parte débil del contrato.

Tras la reforma de 2013, se ha suprimido el anterior párrafo segundo del art. 4.2 LAU, que excluía de la regulación del arrendamiento de vivienda el que tuviera por objeto las denominadas viviendas suntuarias.

3 V. en este sentido SSAP Madrid 1 febrero 2010 (Tol 1818986) y Murcia 8 junio 2010 (Tol 1905183).

4 La SAP Alicante 12 abril 2000 (AC 2000, 1743) precisa que la cláusula en la que se diga que “la vivienda ha de destinarse exclusivamente a hogar familiar no pudiéndose destinar a cualquier otra actividad, no podrá contradecir a la norma imperativa referida en el sentido de que pueda destinarse el inmueble arrendado a una actividad accesoria o secundaria distinta de la finalidad propia de la vivienda”.

## 2. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

Conforme al art. 3 de la LAU, "Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior". "En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren".

Por lo tanto, serán arrendamientos para uso distinto al de vivienda los que en la antigua legislación se llamaban arrendamientos de local de negocios, así como los arrendamientos de temporada, como, por ejemplo, los apartamentos que se alquilan para el período vacacional.

Este tipo de arrendamiento recae siempre sobre una edificación, razón por la cual no incluye los que tienen por objeto un solar<sup>5</sup>; por la misma razón, los arrendamientos de industria o negocio están excluidos del ámbito de aplicación de la LAU y se rigen por el Código civil<sup>6</sup>.

El principio del que se parte en este tipo de arrendamientos es justamente el contrario, que el que preside la regulación de los arrendamientos de vivienda, ya que, con la salvedad al respecto a las Disposiciones comunes, "los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título III de la presente Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto el Código civil" (art. 4.3 LAU).

Por lo tanto, las normas que se dedican al arrendamiento para uso distinto al de vivienda (arts. 29 a 35 LAU) tienen carácter dispositivo, por lo que pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, si bien, como establece el art. 4.4 LAU, "La exclusión de la aplicación de los preceptos de esta Ley, cuando ello sea posible [y, en este caso, lo es], deberá hacerse de forma expresa respecto de cada uno de ellos".

### III. DISPOSICIONES COMUNES A AMBAS CLASES DE ARRENDAMIENTOS.

Existen una serie de disposiciones comunes a todos los arrendamientos sujetos a la LAU, las cuales tienen carácter imperativo, de manera que no pueden ser

5 V. en este sentido SSAPValencia 17 abril 2002 (JUR 2002, 166258), Barcelona 11 julio 2002 (JUR 2003, 191987) y Almería 21 abril 2003 (JUR 2003, 138504).

6 La STS 25 marzo 2011 (Tol 2092252) explica que "no cabe confundir el arrendamiento de un local de negocio para que el arrendatario establezca su propio negocio, con el arrendamiento de industria en funcionamiento, pues aquí se alquilan una serie de elementos -la empresa, las instalaciones, la clientela, etc.-, entre los que se encuentra el local, que ha de quedar fuera de la Ley arrendaticia". V. en este sentido, respecto de un arrendamiento de fonda y un surtidor de gasolina, SAP Guipúzcoa 30 mayo 2005 (Tol 690641).

excluidas por la voluntad de las partes. El pacto en contra de tales disposiciones ha de entenderse nulo de pleno derecho, por aplicación del art. 6.3 CC.

El art. 4.1 LAU dispone que “Los arrendamientos regulados en la presente Ley se someterán de forma imperativa a lo dispuesto en los Títulos I y IV de la misma”.

Dichas disposiciones comunes son las contenidas en los arts. 36 y 37 LAU, los cuales, respectivamente, establecen la obligación del arrendatario de prestar fianza en metálico (una mensualidad de renta, en el arrendamiento de vivienda, y dos, en el arrendamiento para uso distinto del de vivienda<sup>7</sup>) y la facultad de las partes de compelerse recíprocamente a redactar el contrato por escrito (que habrá de ser un documento público, si se quiere que el arrendamiento acceda al Registro de la Propiedad)<sup>8</sup>.

Lo que el art. 36 LAU llama “fianza”, en realidad, es una prenda irregular; es decir, un mecanismo de autoliquidación de un derecho de crédito eventual, sin necesidad de acudir a un procedimiento de ejecución forzosa. Con ella se garantiza el cumplimiento por parte del arrendatario de sus obligaciones, como la de pagar las rentas o la de conservar el inmueble arrendado con la diligencia propia de un buen padre de familia y de devolverlo en el mismo estado en el que se recibió. Si cumple estas obligaciones, al extinguirse el contrato, el arrendador deberá devolverle una cantidad de dinero equivalente a la entregada<sup>9</sup>; en otro caso, podrá imputar la “fianza” directamente al pago de los desperfectos causados en el inmueble, produciéndose pues, una compensación de créditos<sup>10</sup>: de un lado, el del arrendador a que se le pague el importe de los desperfectos o las rentas adeudadas; de otro lado, el del arrendatario a la devolución de la cantidad dada en “fianza”<sup>11</sup>.

#### IV. REGULACIÓN LEGAL DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA.

Estudiaremos, especialmente, el arrendamiento de vivienda.

- 7 No se puede exigir, en el arrendamiento de viviendas, una fianza equivalente a dos mensualidades. V. en este sentido SAP Las Palmas 17 octubre 2000 (JUR 2001, 91644).
- 8 Hay que tener en cuenta que, a tenor del art. 36.5 LAU, las partes podrán pactar cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias adicional a la fianza en metálico, por ejemplo, un aval bancario, una fianza personal o una cláusula penal, que no tenga carácter abusivo. La SAP Cádiz 27 noviembre 2002 (JUR 2003, 72938) consideró que el pacto de pagar, en concepto de daños y perjuicios, un interés del 10% mensual, acumulable a la cantidad debida por rentas, tenía la condición de usuario, al equivaler a un 120% anual.
- 9 V. en este sentido SAP Burgos 15 marzo 2010 (Tol 1841180).
- 10 En particular, respecto del importe de las rentas pendientes de pago, la compensación sólo será posible una vez extinguido el contrato, pues, mientras está vigente, el arrendador no sabe si en el inmueble hay otros desperfectos, que deban ser reparados (además de lo debido por rentas no pagadas). Por ello, el mero hecho de haberse prestado la fianza o un aval a primer requerimiento no impide al arrendador resolver por falta de pago de la renta e instar un juicio de desahucio. V. en este sentido SSAP Navarra 1 diciembre 1998 (AC 1998, 2603), Málaga 12 marzo 2008 (Tol 1350053) y Alicante 3 junio 2009 (Tol 1456096).
- 11 V. en este sentido SSAP Barcelona 19 junio 2008 (Tol 1373928) y 20 enero 2009 (Tol 1487185).

### 1. Cesión y subarriendo.

El precio del subarriendo no podrá exceder, en ningún caso, del que corresponda al arrendamiento". En caso contrario, podrá procederse a la resolución del contrato de arrendamiento. V. en este sentido SAP Madrid 24 octubre 2005 (Tol 771782).

### 2. Duración del contrato.

El art. 9 L.A.U., en su número 1, afirma que "La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes", precisando en su número 2, que "Se entenderán celebrados por un año los arrendamientos para los que no se haya estipulado plazo de duración o éste sea indeterminado". La temporalidad es una característica esencial del arrendamiento es algo constantemente reiterado por la jurisprudencia. V. en este sentido SSTS 9 diciembre 1985 (Tol 1736149), 25 noviembre 2008 (Tol 1408465) y 18 diciembre 2009 (Tol 1757033).

### 3. La prórroga forzosa.

Deben considerarse nulos los pactos de prórroga forzosa de duración indefinida. V. en este sentido, STS 9 septiembre 2009 (Tol 1602564).

No obstante, a tenor del art. 9.3 LAU, "No procederá la prórroga obligatoria del contrato si, una vez transcurrido el primer año de duración del mismo, el arrendador comunica al arrendatario que tiene necesidad de la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial". La necesidad ha de ser real. La SAP Madrid 2 marzo 2010 (Tol 1851386) desestimó la pretendida necesidad de ocupación, al haber sido ésta buscada de forma intencional, mediante una operación conjunta del actor, su padre y hermanos dirigida, mediante contratos lícitos (donaciones), a un resultado antijurídico en perjuicio de la arrendataria.

El art. 9.3 LAU (reformado en 2013) precisa, en su párrafo segundo, que "Si transcurridos tres meses a contar de la extinción del contrato o, en su caso, del efectivo desalojo de la vivienda, no hubieran procedido el arrendador o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial a ocupar ésta por sí, según los casos, el arrendatario podrá optar, en el plazo de treinta días, entre ser repuesto en el uso y disfrute de la vivienda arrendada por un nuevo período de hasta tres años, respetando, en lo demás, las condiciones contractuales existentes al tiempo de la extinción, con indemnización de los gastos que el desalojo de la vivienda le hubiera supuesto hasta el momento de la reocupación, o ser indemnizado por una cantidad equivalente a una mensualidad por cada año que quedara por cumplir

hasta completar tres, salvo que la ocupación no hubiera tenido lugar por causa de fuerza mayor”.

El plazo de tres meses no se interpreta estrictamente por la jurisprudencia, en caso de apreciarse la voluntad de residir en la vivienda. Así, la SAP León 30 marzo 2006 (JUR 2006, 254672) entendió que la falta de ocupación era debida a la realización de obras de acondicionamiento necesario de la vivienda, y que existía una voluntad constatada de residir en la vivienda. Del mismo modo, la SAP Almería 30 marzo 2006 (JUR 2006, 280299) consideró que, aunque las obras de reconstrucción de la vivienda fueron iniciadas tras el transcurso de los tres meses, una operación de gran envergadura, consistente en derribar un inmueble y construir otro en su lugar “no se improvisa ni surge sin la superación de los correspondientes pasos previos y necesarios, entre ellos los que cita la parte demandada consistente en la obtención de asesoramiento técnico fiable en torno a la opción entre realizar obras de reforma o reedificar y la elección de un presupuesto de interés para el dueño de la obra”.

#### 4. Prórroga por tácita reconducción.

El art. 10.1 y 3 LAU afirma que “Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo tres años de duración de aquel, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con treinta días de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo [v. en este sentido SSAP Islas Baleares 5 octubre 2001 (JUR 2001, 323282), 31 octubre 2002 (JUR 2003, 102363), 30 marzo 2004 (JUR 2004, 121951), 30 marzo 2011 (Tol 2123998) y 21 septiembre 2012 (Tol 2698100)], el contrato se prorrogará necesariamente durante un año más”.

“Al contrato prorrogado, le seguirá siendo de aplicación el régimen legal y convencional al que estuviera sometido”. Una vez expirada la prórroga por tácita reconducción, se plantean problemas en torno al régimen aplicable al arrendamiento. La SAP Las Palmas 25 septiembre 2006 (AC 2006, 2224) se inclina por entender que ya no caben más prórrogas conforme a la LAU y entender aplicable el plazo del art. 1581 CC.

#### 5. Desistimiento.

La facultad de desistimiento del inquilino, esto es, de desvincularse unilateralmente del contrato, es prevista, por el art. 11 LAU (reformado en 2013). La STS 9 junio 2004 (Tol 449271) admite que el desistimiento puede tener lugar mediante la entrega de llaves y de una carta, haciendo constar la decisión de extinguir el contrato, seguido del silencio del arrendador, que implica su consentimiento tácito, máxime, cuando

posteriormente procedió a poner nuevamente la vivienda en alquiler; pidiendo permiso para que la misma pudiera ser visitada por los posibles futuros inquilinos.

Las partes pueden, pues, pactar una cláusula penal, con función sustitutiva de los daños y perjuicios (art. 1152 CC), que el desistimiento haya causado al arrendador; cuya cuantía viene limitada legalmente. La norma, sin duda, está pensada para el caso de desistimiento legítimo, que tenga lugar una vez transcurridos seis meses desde la celebración del contrato. Es, pues, dudoso que dicha limitación cuantitativa opere en los casos en que el desistimiento tenga lugar con anterioridad, en cuyo caso cabría pensar en la reparación integral del daño [v. en este sentido SAP Barcelona 24 marzo 2006 (*Tol 1002457*)], a no ser; quizás, que el desistimiento tuviera lugar inmediatamente después de la conclusión del contrato [v. a este respecto STS 20 mayo 2004 (*Tol 434234*)].

## 6. Situaciones de crisis matrimonial del arrendatario.

A tenor del art. 15.1 LAU, si el derecho de uso de la vivienda se atribuye al cónyuge no arrendatario por un período de tiempo inferior al de la duración del contrato de arrendamiento, aquél podrá continuar en la misma, pero sin adquirir, por ello, la condición de arrendatario, la cual seguirá recayendo en el titular originario, que, por ello mismo, seguirá obligado a pagar la renta. No habrá, pues, subrogación en el contrato de arrendamiento. Ésta es la interpretación que la jurisprudencia más reciente venía dando al art. 15.1 LAU en su redacción anterior a la reforma de 2013.V. en este sentido SSAP La Coruña 27 septiembre 2003 (JUR 2003, 14466), Barcelona 8 marzo 2004 (JUR 2004, 122474), Madrid 12 julio 2007 (JUR 2007, 336667), Asturias 22 octubre 2010 (*Tol 2016414*) y Pontevedra 3 diciembre 2012 (*Tol 3009932*).

Conforme al art. 15.2 LAU, "La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda".

La SAP Álava 20 septiembre 2000 (AC 2000, 4631) precisa, no obstante, que esa falta de comunicación no comporta la extinción del derecho a continuar en el uso de la vivienda arrendada, pero el cónyuge no titular con derecho a ello deberá sufrir los efectos adversos de una sentencia, recaída en un juicio de desahucio, aunque no hubiera sido demandado en el mismo.

La SAP Asturias 22 octubre 2010 (*Tol 2016414*), revocando la sentencia recurrida, afirma, rotundamente, que lo que el art. 15 LAU "recoge es un derecho de uso que no afecta ni modifica la titularidad de la relación arrendaticia"; en consecuencia, niega la posibilidad de que la arrendadora pudiera resolver el contrato, por falta

de comunicación de la voluntad de continuar en el uso de la vivienda, por parte de una mujer a quien en el proceso de separación se había atribuido dicho derecho de uso. Dice, así, que los domicilios de las litigantes “están pegados el uno al otro” y que, desde fecha de la sentencia de separación “no consta impago de la renta ni promoción de juicio de desahucio por esta causa, circunstancias que dan pie a la lógica presunción de que la actora conoció y conoce la salida de la vivienda del arrendatario contratante y la continuidad de la demandada en su ocupación y uso”.

## 7. Subrogación *mortis causa*.

El art. 16 LAU, prevé que, en caso de muerte del inquilino, el cónyuge o persona con la que mantenga análoga relación de afectividad, así como ciertos parientes, siempre que todos ellos convivan con él en el momento de su fallecimiento, puedan subrogarse en su posición contractual, en cuyo caso la relación arrendaticia continuará entre el arrendador y la persona subrogada en los mismos términos en que fue constituida; en caso contrario, se extinguirá.

El requisito de la convivencia con el inquilino es imprescindible al objeto de poder subrogarse en el arrendamiento, por lo que no basta la mera existencia de una relación de parentesco. Entre otras muchas, las SSAP Barcelona 8 junio 2004 (JUR 2004, 208759) y Cádiz 2 septiembre 2005 (AC 2005, 2062), afirman que la convivencia ha de ser “habitual y necesariamente ha de darse en la vivienda arrendada, a los efectos de la subrogación, viniendo referida a una vida en común, con mutua asistencia, como comunidad de vida y habitación en forma estable, efectiva y no esporádica o provisional, o a los solos efectos administrativos o fiscales”.

No obstante, la SAP Barcelona 3 febrero 2005 (JUR 2005, 81147), observa que la exigencia de convivencia es “compatible con ausencias pasajeras motivadas por exigencias profesionales, de estudio, o de enfermedad, aunque no con otras, más prolongadas que obedeciendo a razones de oportunidad duradera, rompen aquella vinculación con la vivienda, sustituyéndola por otra en función del hogar personal”. Concretamente, admitió la subrogación a favor de la hija del inquilino, que tuvo que ser ingresado en una residencia, debido a que necesitaba atención permanente, que aquélla no podía darle durante su jornada laboral, por sufrir problemas de desorientación temporal y espacial, siendo recogido todos los días festivos y fines de semana por su hija, viviendo con ella, durante estos períodos de tiempo, en la vivienda arrendada.

La regulación tiene carácter imperativo en relación con los tres primeros años de vigencia del contrato (antes de la reforma de 2013 eran cinco), siendo, en consecuencia, nulo el pacto que excluya el derecho de subrogación *mortis causa* en dicho período. Sin embargo, el art. 16.4 LAU dispone que “En arrendamientos cuya duración inicial sea superior a tres años, las partes podrán pactar que no haya

derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando éste tenga lugar transcurridos los tres primeros años de duración del arrendamiento, o que el arrendamiento se extinga a los tres años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad”.

La jurisprudencia ha precisado que el hecho de que el inquilino esté casado al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento no atribuye al derecho arrendaticio carácter ganancial, por lo que su cónyuge carece de la cualidad de arrendatario, por lo que, si éste, a la muerte del inquilino, quiere continuar en la relación arrendaticia, deberá subrogarse expresamente en el contrato de arrendamiento. V. en este sentido SSTS 3 abril 2009 (*Tol 1955400*), 9 julio 2010 (*Tol 1900077*), 22 noviembre 2010 (*Tol 2003962*) y 24 marzo 2011 (*Tol 2073426*).

Por tanto, es necesaria la notificación al arrendador y que éste la reciba. Por ello, no se cumple con el requisito de la notificación, si ésta se hace a través de un burofax dirigido a una dirección incorrecta. V. en este sentido SAP Valencia 26 abril 2004 (*JUR 2004, 162175*). Igualmente, si se realiza a través de una carta, que se extravía y no llega a su destino, circunstancia ésta que la persona que pretende subrogarse podía sospechar, al no haberle sido devuelto el acuse de recibo.

Sin embargo, no es preciso que la notificación sea aceptada por el arrendador. Cuestión distinta es que si la acepta tácitamente, puede deducirse la existencia de notificación. La jurisprudencia considera, así, probado que el arrendador ha recibido una comunicación de la voluntad de subrogarse y la ha consentido, por ejemplo, si emite recibos de pago a nombre de la subrogada, que los paga durante años. V. en este sentido SAP Barcelona 27 abril 2004 (*JUR 2005, 60008*). También, si el arrendador no protesta por el cambio del número de cuenta corriente en la que se abona el importe de las rentas, hasta que decide formular la demanda. V. en este sentido SAP Castellón 30 junio 2005 (*JUR 2005, 205521*).

En consecuencia, a tenor del art. 16.3 LAU, “El arrendamiento se extinguirá si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador no recibe notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse”. No obstante, la SAP Alicante 17 julio 2003 (*JUR 2003, 213499*) interpreta con flexibilidad la exigencia de que consten en la notificación todos los extremos previstos en el art. 16.3 LAU, cuando existe una relación de amistad y de vecindad entre las familias del arrendador y arrendatario, que permiten conocer a aquél que quien quiere subrogarse era hijo de la inquilina y convivía con ella, habiendo, además, aceptado el pago de siete mensualidades de renta a nombre del subrogado.

Por lo demás, la jurisprudencia tiende a flexibilizar el requisito de que la comunicación se haga por escrito. Así, la SAP Barcelona 30 junio 2006 (JUR 2007, 40913) admite la eficacia de la “comunicación oral siempre que ésta quede cumplidamente probada”, resaltando que “no basta a efectos de que opere la subrogación el simple conocimiento por parte del arrendador —o de su administrador— del fallecimiento del arrendatario y de la concurrencia de los presupuestos legales de carácter material exigidos por la ley, sino que es preciso que quien se considere con derecho a la subrogación manifieste de manera clara y explícita su voluntad de devenir, con tal causa, titular arrendatario”. V. en el mismo sentido SSAP Barcelona 1 junio 2005 (JUR 2005, 178881), Asturias 6 octubre 2005 (JUR 2006, 29717), y Burgos 3 noviembre 2005 (JUR 2006, 42941).

## 8. La renta.

La fijación de la renta se rige por el principio de autonomía privada: arrendador y arrendatario pueden pactar la renta que tengan por conveniente. Ha de tratarse de una renta fijada en dinero, considerando la jurisprudencia que los arrendamientos en los que la contraprestación consiste en la realización, por parte del arrendatario, de obras en la vivienda arrendada no se rigen por la LAU, sino por el CC. V. en este sentido SSAP Huesca 27 abril 2000 (AC 2000, 3230) y Baleares 27 octubre 2000 (JUR 2001, 27151). No obstante, la SAP Tarragona 24 enero 2005 (JUR 2005, 81951) consideró admisible el pacto de pago parcial en especie, consistente en la limpieza de la escalera.

La SAP Madrid 13 mayo 2005 (JUR 2005, 163256) afirmó que “la fijación y determinación de la renta en los contratos de arrendamiento, no viene atribuida a una sola de las partes, sino que debe producirse por acuerdo de arrendador y arrendatario, y en tanto en cuanto no se produzca el referido acuerdo, no puede tener validez la renta pretendida por el arrendador”.

Así, conforme al art. 17 LAU, “La renta será la que libremente estipulen las partes”. No obstante, en el caso de arrendamientos de viviendas de protección oficial, existe un tope máximo de renta, fijado por la legislación administrativa, aunque la SAP Vizcaya 9 mayo 2001 (JUR 2001, 244510) entendió que, desde el punto de vista estrictamente civil, era válido el pacto de pagar una renta superior, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que ello pudiera dar lugar:

En cuanto a la revisión de la renta estipulada en el contrato, el último inciso del art. 18.1 LAU dispone ahora, tras la redacción dada por el apartado uno de la disposición final primera de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que aquélla no tendrá lugar “en defecto de pacto expreso”.

Según resulta del art. 18.2 LAU, la actualización de la renta no es automática, sino que sólo tiene lugar a instancia del arrendador; quien, normalmente, la realizará el último mes en el que expire la anualidad anterior, notificándola al inquilino en el recibo correspondiente a dicho mes. Si el arrendador se retrasa al realizar la notificación, pierde el derecho a aplicar la actualización a las rentas correspondientes a los meses de la anualidad corriente ya transcurridos antes de realizar la notificación [v. en este sentido STS 5 marzo 2009 (*Tol 1466724*)].

## 9. Conservación de la vivienda.

El arrendador “está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido” (art. 21.1 LAU). La SAP Barcelona 1 junio 2005 (*Tol 681667*) considera reparaciones necesarias, “aquellas que deben realizarse ineludiblemente y no aumentan el valor ni la productividad de la cosa arrendada. En definitiva, el concepto de reparación hace referencia a aquel gasto u obra sin la cual quedaría la cosa arrendada inservible para su uso, e incluso llegaría a destruirse”. Por su parte, la SAP Barcelona 24 marzo 2006 (JUR 2006, 246661) condenó al arrendador a sustituir la caldera, “sin derecho a elevación de la renta”.

La citada norma es imperativa, por lo que no cabe pacto en contrario. Así, la SAP Lérida 3 febrero 2005 (*Tol 619408*) tiene por no puesta una cláusula en la que se imponía al arrendatario la obligación de soportar los desperfectos que afectaran a la habitabilidad de la vivienda.

El inquilino debe notificar al arrendador la necesidad de realizar dichas reparaciones, “en el plazo más breve posible” y, así mismo, deberá facilitarle “la verificación directa, por sí mismo o por los técnicos que designe, del estado de la vivienda”. En este sentido, la STS 28 septiembre 2001 (*Tol 66556*) absuelve al arrendador de la pretensión deducida en su contra (relativa al resarcimiento al actor-arrendatario por la declaración de ruina del inmueble), por no haber quedado probado que la ruina se debiera a un comportamiento negligente de aquél, sino que, más bien, parece ser que el arrendatario no le requirió para que realizara las reparaciones que eran necesarias.

No obstante, el inquilino, “previa comunicación al arrendador, podrá realizar las que sean urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave, y exigir de inmediato su importe al arrendador” (art. 21.3 LAU). Esta posibilidad del arrendatario no permite al arrendador, como afirma la SAP Cantabria 27 febrero 2007 (JUR 2007, 265269), “desatender sus obligaciones”.

La obligación de conservación del arrendador tiene los siguientes límites:

1º. El arrendador no está obligado a realizar “las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda”, las cuales son de cargo del arrendatario (art. 21.4 LAU).

La SAP Madrid 25 octubre 2010 (*Tol 2018364*) señaló la obligación de la arrendataria de soportar los gastos de reparación de una caldera y de una lavadora, porque “se trata de elementos de uso muy frecuente en la casa sea para la higiene de sus habitantes sea para el lavado de la ropa y que, en consecuencia, sufren un desgaste especial que, de vez en cuando, se traduce en pequeñas reparaciones o tareas de mantenimiento (limpieza de filtros, sustituciones piezas u otros elementos...)”. “Cosa distinta —añade la Audiencia— sería la “sustitución” de un elemento incorporado a la vivienda (calentador, frigorífico, cocina, lavadora, etc.)”.

2º. La obligación de conservación cesa, en el caso “de destrucción de la vivienda por causa no imputable al arrendador” (art. 21.1 LAU), en cuyo caso tendrá lugar la extinción del contrato de arrendamiento en virtud del art. 28 LAU.

## 10. Obras en la vivienda arrendada.

Según resulta del art. 23 LAU, “El arrendatario no podrá realizar sin el consentimiento del arrendador, expresado por escrito, obras que modifiquen la configuración de la vivienda o de los accesorios” (en los términos del art. 2.2 LAU), o “que provoquen una disminución en la estabilidad o seguridad de la misma”. En caso contrario, procederá la resolución del contrato. V. en este sentido STS 6 noviembre 2009 (*Tol 1649738*).

El precepto exige que el consentimiento se dé por escrito. Sin embargo, parece que hay que flexibilizar este requisito, siempre que el arrendatario pruebe de manera indubitada la existencia de un consentimiento del arrendador a la realización de las obras, aunque no lo hubiera expresado en forma escrita. Es a él, a quien como afirma la SAP Baleares 23 enero 2001 (JUR 2001, I 32626), corresponde la prueba de que el arrendador consintió las obras.

La jurisprudencia considera que las obras que modifican la configuración de la vivienda son, exclusivamente, las fijas o de fábrica. V. en este sentido STS 14 diciembre 1990 (*Tol 1729495*).

Se excluyen, pues, las obras de carácter mueble que puedan separarse sin menoscabo o deterioro del edificio, como, por ejemplo, un tabique de madera, puramente provisional, divisorio del local arrendado y fácilmente desmontable [v. en este sentido STS 30 enero 1991 (*Tol 1727527*)]; la sustitución de pavimentos, falsos techos de escayola fácilmente susceptibles de reversión, revestimientos de madera, placas de mármol o similar que no afectan a la construcción del local, es

decir, a su estructura, así como la instalación eléctrica [v. en este sentido STS 8 octubre 1993 (*Tol 1656419*)]; el simple alicatado, que, por u propia naturaleza, no cabe entenderlo más que de embellecimiento [v. en este sentido STS 20 diciembre 1988 (*Tol 1734400*)]; o la colocación de una uralita [v. en este sentido STS 18 diciembre 2008 (*Tol 1432676*)].

También se excluyen las obras llevadas a cabo por el arrendatario para evitar un daño inminente o incomodidad grave, por no tratarse de obras realizadas por su voluntad, sino impuestas por causas o circunstancias no queridas, como, por ejemplo, sucede cuando se tabica una puerta o ventana, "como medida expedita y rápida de protección", ante el riesgo de volver a sufrir un robo [v. en este sentido SSTS 5 febrero 1960 (RAJ 1960, 461) y 19 septiembre 1987 (RAJ 1987, 6068)].

Las obras que afectan a la configuración del edificio pueden afectar a:

1º) la distribución de la vivienda. Por ejemplo, se hacen habitaciones donde no las había [v. en este sentido SSTS 17 febrero 1993 (RAJ 1993, 1238) y 10 diciembre 1996 (*Tol 1658883*)], o se construye, derriba o corre un tabique [v. en este sentido, SSTS 8 marzo 1993 (*Tol 1664498*), 14 febrero 1994 (*Tol 1664902*) y 10 diciembre 1996 (*Tol 1658883*)];

2º) a los huecos de los muros. Por ejemplo, se abre o cierra una ventana o una puerta [v. en este sentido SSTS 30 enero 1991 (*Tol 1727527*), 11 febrero 1993 (*Tol 1664701*), 22 julio 1997 (*Tol 215378*), 27 septiembre 1993 (*Tol 1663440*) y 20 abril 1998 (*Tol 170100*)]; o

3º) a los elementos arquitectónicos. Por ejemplo, se elimina un pilar [v. en este sentido STS 14 octubre 1992 (*Tol 1660069*)] o se convierte una ventana en puerta, lo que afecta a la estructura de base y vertical del edificio [v. en este sentido STS 10 marzo 1995 (*Tol 1668343*)].

## **I I. Derechos de adquisición preferente.**

El derecho de tanteo no se extingue por el hecho de que los posibles adquirentes renuncien a la compra. V. en este sentido STS 19 diciembre 1991 (*Tol 1728463*).

El derecho de retracto caducará a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada" (art. 25.3 LAU). La STS 29 abril 2009 (*Tol 1514755*) ha entendido que, en el caso de expediente por ruina, el conocimiento de la transmisión tiene lugar cuando se notifica el expediente de demolición de la finca instada por el nuevo propietario, sin

que pueda alegar el arrendatario que no conoció los términos en que tuvo lugar la transmisión, pues una vez notificado dicho expediente, pudo "haberse enterado con una mínima diligencia de cuál era el contenido del título de adquisición, incluso accediendo al Registro de la Propiedad".

## 12. Suspensión por falta de habitabilidad de la vivienda.

El art. 26.1 LAU se refiere a obras que hagan la casa totalmente inhabitable; por ejemplo, como consecuencia de goteras y humedades [v. en este sentido SSAP Guipúzcoa 19 julio 1999 (AC 1999, 6344) y Valencia 12 septiembre 2002 (JUR 2002, 263619)], por un cierto período de tiempo, pues, si sólo afectan a una parte de la misma, el arrendador deberá soportarlas, aunque tendrá derecho a pedir una reducción de la renta en proporción a la parte de la vivienda de que se vea privado durante las obras, en el caso de que éstas duren más de veinte días (art. 21.2 LAU).

En el caso de que el inquilino opte por la suspensión del contrato se paralizarán sus efectos hasta el momento de conclusión de las obras, en particular, el pago de la renta [lógicamente, el arrendatario no puede pedir la suspensión del pago de la renta y, al mismo tiempo, pretender continuar disfrutando de la vivienda. V. en este sentido SAP Cádiz 26 marzo 1999 (AC 1999, 7246)] y, así mismo, se paralizará el cómputo del plazo de duración del arrendamiento (art. 26.2 LAU) [en consecuencia, la paralización del plazo de duración del contrato como consecuencia de la suspensión impide la extinción del arrendamiento por expiración del plazo pactado. V. en este sentido SAP Asturias 11 diciembre 2002 (JUR 2003, 66278)].

## 13. Resolución del contrato.

El art. 27.2 LAU se refiere a supuestos de incumplimiento por parte del arrendatario.

Son los siguientes:

a) La falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario.

El desahucio presupone que no hay duda acerca del importe de la renta, pues, en caso de discrepancia, será necesaria su previa determinación, acudiendo al procedimiento declarativo correspondiente. V. en este sentido SSTS 25 noviembre 1940 (RAJ 1940, 1015), 19 junio 1944 (RAJ 1944, 819), 14 mayo 1955 (RAJ 1955, 1701), 23 junio 1960 (RAJ 1960, 2593), 25 junio 1964 (RAJ 1964, 3291) y 31 mayo 1991 (Tol 1727112).

Se contempla aquí, tanto el impago de la renta, como el de aquellos gastos que corresponda satisfacer al arrendatario, por ejemplo, según el art. 20.3 LAU, los derivados de los servicios de la vivienda, individualizados mediante aparatos contadores (luz, agua o teléfono), así como aquellos otros, que, sin ser legalmente de cargo del inquilino, sin embargo éste haya asumido pagar voluntariamente en el contrato, por ejemplo, gastos de comunidad o de pago del IBI, pero siempre, en este último caso, que el arrendador le hubiese comunicado previamente su importe o le hubiera presentado los recibos para el cobro [v. en este sentido SSAP Segovia 11 diciembre 1995 (AC 1995, 2383), Cuenca 4 noviembre 1997 (AC 1997, 2289), Pontevedra 18 octubre 1999 (AC 1999, 6468) y Soria 24 febrero 2001 (JUR 2001, 126830)].

b) La falta de pago del importe de la fianza o de su actualización. Indudablemente, no cabe resolver por el impago de la fianza que el arrendador no quiso exigir [v. en este sentido SAP Gerona 3 mayo 2002 (JUR 2002, 175564)], pero corresponde al arrendatario la prueba de que aquél renunció a la constitución de la garantía [v. en este sentido SAP Alicante 10 abril 2001 (AC 2001, 831)].

c) El subarriendo o la cesión no consentidos por el acreedor; a quien, sin embargo, le puede resultar muy difícil probar la existencia de un subarriendo o cesión no consentidos, porque el arrendatario, normalmente, tendrá interés en ocultarlo, para evitar la resolución del contrato. Por ello, la jurisprudencia admite, con cierta flexibilidad, la prueba del subarriendo o cesión por medio de presunciones, por ejemplo, que en la puerta o fachada del edificio haya una placa o rótulo con el nombre de una persona distinta al arrendatario, así como la designación del inmueble arrendado como domicilio de un tercero [v. en este sentido STS 12 noviembre 1993 (Tol 1663618), respecto de un arrendamiento para uso distinto al de vivienda].

d) La realización de daños causados dolosamente en la finca [v. en este sentido SAP La Coruña 11 febrero 2000 (JUR 2000, 200443)] o de obras no consentidas por el arrendador, cuando el consentimiento de éste sea necesario. Por ejemplo, se hacen habitaciones donde no las había o se sustituye su función originaria, convirtiéndose una habitación en baño [v. en este sentido SSTS 17 febrero 1993 (RAJ 1993, 1238) y 10 diciembre 1996 (Tol 1658883)]; se cierra una puerta y una ventana o se abre una puerta para comunicarse con el inmueble contiguo [v. en este sentido STS 30 junio 1982 (RAJ 1982, 3450)]; se construye o se suprime una escalera [v. en este sentido SSTS 11 febrero 1993 (Tol 1664701), 13 julio 1993 (Tol 1663302) y 27 septiembre 1993 (Tol 1663440)].

e) Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. La jurisprudencia ha admitido la resolución, por ejemplo, en el caso de una arrendadora, que, como consecuencia de su comportamiento (ruidos nocturnos, música alta, altercados, insultos, amenazas y vejaciones a distintos

vecinos), provocaba una situación de alarma, perturbando, de modo notable, la pacífica convivencia en el inmueble [v. en este sentido SAP Barcelona 16 mayo 2000 (JUR 2000, 238092)]; por acumulación de basura en el interior de la vivienda, lo que constituía un posible foco de infección para todos los vecinos y un posible riesgo de incendio [v. en este sentido SAP Navarra 17 octubre 2001 (AC 2002, 340)]; por la tenencia de, al menos, seis perros, algunos de ellos, pertenecientes a una raza de presa, los cuales “ocasionan graves molestias a los habitantes del entorno, que afectan a su tranquilidad y descanso, pudiendo generar algún riesgo para la salud a raíz de la acumulación de excrementos y proliferación de parásitos detectada” [v. en este sentido SAP Murcia 2 enero 2003 (JUR 2003 I 13919)]; o por el ejercicio en la vivienda arrendada de una actividad de prostitución, al generar ésta “múltiples incomodidades a los vecinos del inmueble, que exceden los límites de lo tolerable y hacen concurrir la causa resolutoria del contrato alegada, como resulta del ejercicio de dicha actividad mañana, tarde y noche, por al menos cuatro mujeres, con el consiguiente trasiego de personas, llamadas y otras molestias consustanciales a aquella actividad” [v. en este sentido SAP Madrid 9 junio 2009 (Tol 1924030)].

f) Cuando la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o de quien efectivamente la viniera ocupando de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7 LAU, es decir, el cónyuge, no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes.

Se contemplan dos casos.

El primero de ellos es el de que la vivienda permanezca deshabitada, a no ser que exista una causa razonable para ello (por ejemplo, tener que atender a un familiar enfermo o dependiente), sin que ello impida al inquilino ausentarse de ella ocasionalmente (por ejemplo, en el período vacacional). La prueba de que la vivienda no está habitada puede realizarse mediante recibos que manifiesten una importante reducción del consumo de electricidad y agua [v. en este sentido SSAP Valencia 24 noviembre 2000 (JUR 2000, 52476) y 31 marzo 2005 (JUR 2005, 158386)].

El segundo tiene lugar, cuando el inmueble, aun siendo utilizado, deje de estar destinado de forma primordial a satisfacer la necesidad de vivienda del arrendatario, usándolo éste para una finalidad distinta, sin el consentimiento del arrendador, por ejemplo, el ejercicio de la prostitución [v. en este sentido SAP Madrid 3 febrero 2001 (JUR 2001, 104634)] o la venta de materiales de construcción [v. en este sentido SAP Santa Cruz de Tenerife 29 abril 2002 (JUR 2002, 168453)].

El arrendador ha de acreditar la transformación o cambio de destino de la vivienda arrendada. Así, la SAP Barcelona 10 marzo 2003 (JUR 2003, 245445) no concedió la resolución del contrato de arrendamiento por esta causa, al no haber

quedado acreditado el supuesto cambio de destino de vivienda permanente a local de negocio destinado a trabajos de pintura.

La SAP Alicante 12 abril 2000 (AC 2000, 1743) desestimó la resolución del contrato, instada por el arrendador, al entender que la actividad de la sociedad, de la que los demandados eran socio y administrador, respectivamente, dedicada a la construcción, instalación y comercialización de maquetas de precisión con efectos multimedia, era desarrollada en la vivienda arrendada de manera secundaria. Afirmó que no parecía posible que “la actividad fundamental” de la sociedad pudiera tener lugar en la vivienda “habida cuenta de su configuración física y, sí en el local” arrendado por la misma; que, aunque en las varias dependencias de la vivienda se habían encontrado tres monitores y tres impresoras, no existían “signos en la parte exterior ni en el interior de la misma”, de los que se pudiera deducir que se estaba utilizando con fines comerciales; y que el consumo de energía eléctrica era muy similar al del inicio del arrendamiento. Consideró que el hecho de que en la vivienda se hubieran concertado reuniones comerciales, se hubiese instalado una centralita telefónica y un fax a nombre de la sociedad y de que el número de teléfono del piso figurara en la publicidad de la empresa sólo manifestaban que la vivienda también se utilizaba por los arrendatarios, “con carácter secundario, para poder contactar con clientes o con personas interesadas en la actividad de la mercantil”.

Si el arrendador consiente el cambio de destino, no puede lógicamente pedir la resolución del contrato por esta causa. V. en este sentido SAP Lérida 26 enero 1998 (AC 1998, 103).

Por su parte, el art. 27.3 LAU se refiere a los supuestos de incumplimiento grave del arrendador:

a) La no realización por el arrendador de las reparaciones a que se refiere el art. 21 LAU.

Se trata de las obras necesarias para mantener la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, que son de cargo del arrendador, a no ser que sean imputables al comportamiento del arrendatario o de las personas de su familia, o se trate de pequeñas reparaciones exigidas por el desgaste propio del uso ordinario de la vivienda, que son de cargo del inquilino (art. 21.1, 2 y 4 LAU).

Por ejemplo, la SAP Albacete 11 marzo 2002 (AC 2002, 722) concedió la resolución del contrato de arrendamiento instada por el arrendatario, al no realizar el arrendador la reparación requerida, consistente en solucionar una avería que había dejado a la vivienda arrendada sin agua caliente en pleno invierno.

Si el arrendador realizó las obras de manera rápida y efectiva, no procederá esta causa de resolución, aunque las hubiera hecho sin licencia administrativa. V. en este sentido SAP Cantabria 19 marzo 2005 (JUR 2005, 96566).

b) La perturbación de hecho o de derecho que realice el arrendador en la utilización de la vivienda. La conducta más clara consistirá en privar de la posesión del inmueble al arrendador; pero no es necesario llegar a estos extremos.

Así, la SAP Córdoba 7 abril 2003 (JUR 2003, 142845) consideró que constituía una perturbación en el goce pacífico de la vivienda la actitud de la arrendadora, la cual, en su ansia por expulsar de ella a la arrendataria y a sus hijos, "ha ido generando un clima, en donde la convivencia era ya poco más que imposible", con actos como la negativa a que se encendiera el foco que se encontraba en el patio o a que aquélla y su familia salieran a él en las noches de verano para poder refrescarse y una serie de actos por los que la arrendadora fue condenada como autora de una falta de injurias.

#### 14. Extinción del contrato.

El art. 28 LAU se refiere a dos causas específicas de extinción del arrendamiento.

a) La primera de las causas es la pérdida de la finca arrendada por causa no imputable al arrendador. Si la cosa se pierde por causa imputable al arrendador, que no hizo las obras de conservación necesarias, procederá la resolución del contrato, en virtud del art. 27.3.a) LAU, pudiendo el arrendador pedir, además, la reparación de daños y perjuicios, pero no podrá exigir la reconstrucción de la vivienda, según resulta del art. 21.1.II LAU. V. en este sentido SSAP Segovia 10 noviembre 2000 (JUR 2001, 48584) y Sevilla 22 julio 2004 (JUR 2004, 256030).

La pérdida puede ser material o jurídica (por ejemplo, como consecuencia de un procedimiento de expropiación forzosa).

El art. 118.2 LAU 1964 equiparaba a la destrucción del inmueble, la denominada ruina económica, que tenía lugar cuando la reconstrucción de la vivienda o del local de negocio hiciera precisa "la ejecución de obras cuyo costo exceda del 50 por 100 de su valor real al tiempo de ocurrir aquél, sin que para esta valoración se tenga en cuenta la del suelo".

La vigente LAU nada dice al respecto, pero no nos parece que quepa excluir la posibilidad de que pueda pedirse la resolución del contrato por ruina económica, cuando el coste de las obras necesarias para conseguir la adecuada habitabilidad de la vivienda sea desproporcionado, para lo cual podría tenerse en cuenta, como criterio orientativo, el contenido en el precepto derogado [v. en este sentido SSAP

Gerona 26 junio 2001 (JUR 2001, 249756), Madrid 12 abril 2004 (JUR 2004, 248033) y Sevilla 22 julio 2004 (JUR 2004, 256030)].

b) La segunda de las causas de extinción del contrato es la declaración firme de ruina acordada por la autoridad competente. El art. 228.2 del RD 1346/1976, por el que, en su día, se aprobó la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que permanece en vigor, con carácter supletorio, respecto de la legislación de las Comunidades Autónomas, establece que la declaración administrativa de ruina procederá en los siguientes casos: "Cuando el coste de las obras necesarias sea superior al 50 por 100 del valor actual del edificio o planta afectadas, excluido el valor del terreno"; "Cuando el edificio presente un agotamiento generalizado de sus elementos estructurales o fundamentales"; "Cuando se requiera la realización de obras que no pueden autorizarse por encontrarse el edificio en situación de fuera de ordenación".

# INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

### I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

### II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:  
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 7 de enero y 15 de junio, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

### III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto (sistema de doble revisión "a ciegas"). El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

#### IV. Normas editoriales

##### A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

##### B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen, así como del título.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.
- El artículo deberá ir acompañado de un Sumario, que se incluirá al inicio del mismo (redactado en minúsculas, salvo la letra que encabece cada uno de los epígrafes) y de una bibliografía, que se incluirá al final del mismo, utilizando el sistema de citas propio de la revista.

## V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de mínimo de 30 páginas y un máximo de 50 páginas, salvo razones fundadas, que justifiquen una extensión superior:.
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
  1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
  2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
  3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: Números: 1º)

## VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán para descargar el texto de notas bibliográficas, de referencias de jurisprudencia y de opiniones o comentarios incidentales, así como para ampliar las ideas expresadas en el texto, en cuya redacción de empleará un estilo ágil, claro y conciso.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

## VII. Citas

Todas las citas de autores y resoluciones judiciales deberán realizarse en nota a pie de página, nunca en texto.

### VIII. Referencias bibliográficas

- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:  
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son "mantenidos", generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).  
Fecha de visita al documento (año, mes , día).  
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.  
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.  
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>
- **Material consultado en Internet.-** La jurisprudencia se citará según sea habitual en el país de origen de cada escritor, con su respectiva referencia.

### IX. Otras secciones de la Revista.

- **Cuestiones jurídicas:** Se trata de una sección que incluye artículos breves, sin adscripción temática clara o con un impacto reducido a una determinada área geográfica.  
Su estructura y requisitos formales son exactamente iguales que los de los artículos insertados en la Sección de Doctrina.
- **Crónicas jurisprudenciales:** Se trata de una exposición sistemática de la jurisprudencia existente sobre una determinada materia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellas se acompañará, al igual que respecto de los artículos, un sumario, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios.-** Se trata de análisis de textos legales novedosos o de especial importancia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellos se acompañará, al igual que respecto de los artículos, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios jurisprudenciales.-** Se trata de comentarios de sentencias especialmente relevantes, cuya estructura es la siguiente: Supuesto de hecho, Doctrina y Comentario.

- **Reseñas bibliográficas.-** Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.-** Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.



*"El poder público no tiene presencia. La ciudadanía se encuentra indefensa frente al avasallador y al abusivo. Las instituciones dependientes del gobierno central no ofrecen respuesta alguna a las necesidades ciudadanas. El Poder Judicial, por ejemplo, no termina de reorganizarse y no parece con intenciones de redefinir objetivos institucionales en aras de facilitar el acceso a la justicia a todos los ciudadanos, sin discriminación.*

*En el Palacio de Justicia se le roba al ciudadano a vista y paciencia de las autoridades administrativas y jurisdiccionales: las notificaciones le cuestan al litigante, en el mejor de los casos, Bs. 15.-; los testimonios y certificaciones se cobran a razón de Bs. 10.- por cada hoja. Pero ahí no terminan las irregularidades, porque los jueces y magistrados son durísimos al aplicar los plazos procesales a las partes, pero ellos violentan esos plazos todos los días. Quiero decir, que los plazos procesales corren para los litigantes pero no para los jefes de la administración de justicia. Todo ocurre con la más pasmosa tranquilidad. Nadie se inquieta. Lo que alarma y sorprende es que alguien se atreva a cuestionar todas estas irregularidades que inciden en el ejercicio jurisdiccional y terminan vulnerando derechos constitucionales de los ciudadanos de a pie".*