

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** y **twitter** 

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)

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

SUMARIO

16

- 01/ 01. CONSTITUCIÓN, DERECHOS Y JURISPRUDENCIA.
Horacio Andaluz Vegacenteno **(Bolivia)**
- 02/ EL REBUS SIC STANTIBUS EN LA CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL. Eduardo Rodríguez **(Bolivia)**
- 03/ LOS 20 AÑOS DE REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.
Ana Isabel Blanco García **(España)**
- 04/ EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES DE LAS
SOCIEDADES COMERCIALES EN PROCESOS DE FUSIÓN EN EL
CÓDIGO DE COMERCIO BOLIVIANO. Enrique Fernando Ortiz
Herrera **(Bolivia)**
- 05/ LA PUBLICIDAD DESLEAL EN LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO
DIGITAL: PUBLICIDAD DENIGRATORIA, CONFUSIONISTA Y
COMPARATIVA. David López Jiménez **(Chile)**
- 06/ LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN ESPAÑA A RAÍZ DE LA STJUE.
Javier Vidal Alonso **(España)**

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Principios de justicia tributaria en procedimiento de cobro judicial de deudas tributarias en el Derecho Italiano. (Patricio Masbernat)

Asistencia Familiar para hijos mayores de edad y sin ninguna discapacidad. (Orlando Parada Vaca)

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

Director:

Orlando Parada Vaca
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Consejo Editorial

Alex Parada Mendía
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Jerjes Justiniano Atalá
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

José Ramón de Verda y Beamonte
Universidad de Valencia (España)

Pedro Talavera
Universidad de Valencia (España)

Rosa Moliner Navarro
Universidad de Valencia (España)

Virginia Pardo Irazo
Universidad de Valencia (España)



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.



Tecnología y Derecho

Los adelantos tecnológicos han cambiado la vida de los hombres. La facilidad y versatilidad de las comunicaciones han permitido romper barreras como la distancia y el tiempo. No importa dónde estemos, el internet nos acerca tanto que en cuestión de segundos pareciera que la persona con quien nos comunicamos se encuentra al otro lado de la puerta.

Pero, esa gran posibilidad de acercarnos más unos y otros se está convirtiendo en una de las razones de nuestro alejamiento. Si somos diferentes y superiores del resto de los entes vivos del planeta es porque somos la única especie que puede comunicarse a través de la gramática y la sintaxis; pero paradójicamente, esa aparente ventaja de la semántica, se transforma en una de las causas del distanciamiento entre los seres humanos.

Los avances tecnológicos en las comunicaciones podrían estar propiciando esta paradoja. En vez de acercarnos nos están alejando. Cada vez hay menos comunicación en el interior de las familias. La televisión, el chat y los mensajes por celular están reemplazando la comunicación directa entre las personas lo que puede estar provocando un distanciamiento peligroso en las relaciones humanas.

El Derecho, como manifestación cultural y ordenadora de la vida del hombre, no está ni puede estar al margen de estos revolucionarios cambios que la ciencia y la tecnología producen en la vida social. Pero, lamentablemente, nos cuesta convencer a los legisladores y operadores de la justicia en general, para que aprovechemos estas las ventajas tecnológicas en beneficio del ciudadano favoreciendo con su utilización un mejor desempeño de la justicia.

Resulta inconcebible, por ejemplo, que la tecnología permita determinar la identidad de un sujeto a partir de un resto de ADN e incriminarle penalmente por la comisión de un delito y que, sin embargo, todos los trámites y comunicaciones procesales que afecten a ese procedimiento sigan produciéndose como en el siglo XIX. El chat, el correo electrónico y las direcciones cibernéticas no han sido aún

implementadas para facilitar el tráfico de comunicaciones jurisdiccionales, acelerar los procesos y alcanzar la antesala de lo que podría ser una justicia pronta y oportuna.

Esta puede ser la oportunidad para remozar los cimientos del Derecho provocando un verdadero acercamiento a quien está dirigido para protegerlo: **el ciudadano.**

La demora judicial o la mora procesal se constituyen en una rémora que nos impide avanzar hacia la consecución de uno de los más nobles objetivos del Derecho: la celeridad en las resoluciones judiciales, como condición ineludible de la justicia material y como insumo elemental para provocar relaciones sociales cada vez más armoniosas.

Las ventajas comunicacionales que nos facilitan los avances tecnológicos debemos utilizarlas también y de manera primordial en los procesos judiciales, asumiendo así el desafío del siglo XXI: que las rieles que separan al Derecho de la realidad social se acerquen entre sí, haciéndonos soñar que algún día podrán juntarse para siempre.

El Director



CONSTITUCIÓN, DERECHOS Y JURISPRUDENCIA

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 10-29

Horacio
ANDALUZ
VEGACENTENO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de febrero de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 28 de febrero de 2013

RESUMEN: El artículo se ha limitado a estudiar los aspectos que la jurisprudencia ha considerado formales y, en consecuencia, comunes a todos los derechos de índole constitucional en el ordenamiento boliviano. Puesto que el desarrollo jurisprudencial de los derechos significa dar por sentado el valor normativo del derecho de fuente judicial, el artículo se ha detenido especialmente en este tema. Del mismo modo, especial consideración le ha merecido la interpretación constitucional, estudiada a partir del artículo 196.II de la Constitución, que se refiere a los criterios interpretativos que el Tribunal Constitucional deberá aplicar en su labor de custodio del orden constitucional. Finalmente, el artículo concluye poniendo de relieve una potencial contradicción en la jurisprudencia, y es que aunque el Tribunal Constitucional se ha cuidado de desarrollar el contenido esencial del derecho a obtener una sentencia fundada, el mismo custodio constitucional podría estar transgrediendo este derecho en la medida que recurrentemente omite justificar el criterio interpretativo que aplica a cada caso concreto, lo cual, desde la vigencia del artículo 196.II, pareciera que debiera estar obligado a fundamentar.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, constitución, jurisprudencia, interpretación constitucional, precedentes, eficacia directa, acciones constitucionales.

ABSTRACT: The article is limited to the formal aspects developed by the decisions of the Tribunal Constitucional. Therefore, they are equally applicable to all the constitutional rights in the Bolivian legal system. To talk about jurisprudential developments implies to accept the normative character of judicial decisions, for this reason, the article has dedicated one important part to justify and explain the creation of the law by the Judiciary. In the same way, the article also dedicates an important part to explain the limits of constitutional interpretation, considering the fact that the Bolivian Constitution has a specific clause about it. Finally, the article concludes pointing out an eventual contradiction in the jurisprudence, which lies in the fact that while the Tribunal Constitucional has strictly reversed decisions for failing to be properly justified, the same Tribunal fails in justifying whether it is applying the interpretation clause of the Constitution in its decisions.

KEY WORDS: Fundamental Rights, Constitution, Jurisprudence, Constitutional Interpretation, Precedent, Direct Efficacy, Constitutional Actions.

SUMARIO.- I. CONSECUENCIAS FORMALES DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS. 1. Eficacia directa 2. Interpretación según los tratados de derechos humanos 3. Reserva material de Ley 4. Tutela en sede constitucional II. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO 1. Producción judicial del derecho 2. Justificación de las decisiones judiciales 3. Carácter normativo de los precedentes constitucionales 4. Interpretación de la Constitución

I. Este artículo tiene dos partes. La primera se ocupa del significado jurídico de la regulación constitucional de los derechos; la segunda del valor normativo de la jurisprudencia. Ambas forman una unidad conceptual: la de la eficacia de la Constitución determinada por su dinámica de aplicación judicial. El análisis es formal. La razón: como en el pensamiento jurídico el razonamiento formal antecede al material, la reconstrucción formal del sistema de garantías es la apoyatura para la defensa específica de los derechos. La numeración de los párrafos responde a la unidad conceptual de cada uno de ellos.

• **Horacio Andaluz Vegacenteno**

Abogado, árbitro (CAINCO), profesor de derecho (UPSA), Master en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Master of Laws-Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (Harvard Law School). Última publicación: "A Positivist Reexamination of Judicial Review. The Legal Reasoning Behing Marbury v. Madison" (Lambert, Berlin, 2011). Otros libros: "Aplicación judicial de la constitución" (El País/luris Tantum/UPSA, Santa Cruz 2010, reimpresión 2011); "Positivismo normativo y derecho internacional" (Plural/CERID, La Paz 2005). Otras publicaciones (relevantes): "Algunas consideraciones generales sobre la aplicación de la Convención de Nueva York en Bolivia" (1 Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje-España, 2013); "Cádiz en Charcas: Conjeturas e Indicios" (84 Revista de Derecho Político UNED-Madrid 2012); "La posición constitucional del poder judicial" (80 Revista de Derecho Político UNED-Madrid 2011); "La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la Constitución vigente" (16 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010); "Más allá de Kelsen: las normas de competencia y la estructura del sistema jurídico" (9 Revista Boliviana de Derecho 2009); "El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho" (XXXI Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 2009); "La justicia constitucional en el Estado de Derecho" (4 Revista General de Derecho Público Comparado 2009, España); "El Derecho Internacional en el sistema de fuentes, propuesta de artículos para la Nueva Constitución de Bolivia" (15 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009); y "El derecho de la sucesión de Estados" (9 Revista Colombiana de Derecho Internacional 2007).

I. CONSECUENCIAS FORMALES DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS

2. Que la Constitución regule los derechos significa (1) que son directamente aplicables, (2) que son interpretables según los tratados de derechos humanos, (3) que institucionalmente están garantizados por una reserva material de ley, y (4) que son objetos de tutela en sede constitucional.

I. Eficacia directa

3. Fundar la eficacia directa de los derechos en el artículo 109.I de la Constitución, y asumir que ello es una innovación del texto de 2009, significa (1) negar el carácter normativo de la propia Constitución y (2) confesar desconocimiento de la historia constitucional.

(1) Significa lo primero, porque equivale a sostener que una norma constitucional sólo rige como tal si la propia norma así lo establece. A contrario, implica afirmar que si la propia Constitución no predica de alguna de sus normas su carácter obligatorio, carece de tal virtud. Absurdo. Los derechos establecidos por cualquiera de sus normas son directamente aplicables por el solo hecho de estar inscritos en la Constitución; y para el caso boliviano esto viene desde 1826 (artículos 149 a 157). Es una consecuencia del carácter normativo de la Constitución. Si ella existe con la dignidad de una auténtica norma jurídica, entonces su contenido, por el solo hecho de estar regulado en su texto, es, en efecto, jurídicamente exigible. Artículos como el 109.I son, por consiguiente, una redundancia del carácter normativo que ostenta la Constitución como norma jurídica (acaso importante como reduplicación enfática de lo obvio en un contexto social que no exhibe precisamente la mejor tradición de respeto a las normas, pero que, al margen tal finalidad enteramente pedagógica, carece de toda relevancia propiamente normativa).

(2) Y, confiesa lo segundo, porque ignora que al decir “[los derechos] no necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento”, la Constitución, desde sus reformas de 1945 (artículo 28), ya contenía una norma redundante de su carácter normativo, y que, con distinta ubicación en el articulado, estuvo vigente con ese mismo texto por más de sesenta años, dando forma al anterior artículo 229. Gramaticalmente estaba formulada en sentido negativo, mientras que hoy ha tomado la forma de una afirmación (“[los derechos] son directamente aplicables”). No sería correcto mezquinarse al cambio una vocación pedagógica, pero tampoco lo sería atribuirle un carácter de innovación normativa.

4. Que los derechos sean directamente aplicables significa (1) que puede reivindicarse su tutela en cualquier actuación procesal con el solo fundamento de la norma constitucional, (2) que su falta de desarrollo legislativo no es obstáculo para

su aplicación y (3) que debe interpretárselos a favor de su ejercicio. En lo formal, las tres son consecuencias del carácter normativo de la Constitución; en lo material, lo son de la filosofía política liberal que la inspira.

(1) Respecto a la primera, si el cometido de la Constitución es instituir un gobierno de poderes limitados sometiéndolos a sus mandatos, entonces su sola invocación ya compromete a los poderes públicos a dar al peticionante una respuesta fundada en derecho. Y si ocurre que los derechos constitucionales invocados han sido objeto de desarrollo legislativo, y el peticionante no ha cumplido las condiciones impuestas por la ley para su tutela, será tal acto propio el fundamento para denegar la tutela solicitada, pero no la sola falta de invocación de dichas normas de desarrollo.

(2) Respecto a la segunda, si la sola falta de desarrollo legislativo fuese razón para frustrar la aplicación directa de los derechos constitucionales, entonces estos derechos no constituirían el fundamento mismo del orden político, sino una concesión graciosa de éste. Que no haya una ley reglamentando el ejercicio de un derecho constitucional, y que se tome esa ausencia como argumento para fundar la inacción de los poderes públicos con respecto a tal derecho, significa invocar el hecho propio consistente en la inacción legislativa, para justificar una violación a la Constitución. Tal argumento cae por su propia base. Para tener asidero, la Constitución tendría que ser cosa distinta a una norma que garantice el ejercicio de los derechos a través de la institución de un gobierno de poderes limitados. Si uno de los órganos de gobierno no ha honrado sus competencias, los costos de su inacción no pueden transferirse al ciudadano. Y si el derecho cuya tutela se reivindica es uno que por su naturaleza necesita de mayor desarrollo que el brindado por la norma constitucional, el órgano autorizado para su aplicación será el encargado de dársela para el caso concreto. Se trata de lo que la teoría general del derecho conoce como una laguna técnica, causada por la indeterminación de la norma aplicable. Siempre que la norma es indeterminada, la autoridad llamada a aplicarla no rehúye su aplicación, sino que la aplica determinado su contenido. Se trata, por tanto, de uno de los supuestos que por definición dicen de la aplicación del derecho como función normativa: la integración de sus normas.

(3) Y, respecto a la tercera consecuencia, que un derecho deba interpretarse a favor de su ejercicio deriva del hecho que la Constitución existe precisamente para garantizar su ejercicio, en idéntica forma en que las competencias de los poderes públicos deban interpretarse restrictivamente es consecuencia de que la Constitución haya instaurado un gobierno de poderes limitados, haciendo de las habilitaciones normativas la técnica para la organización jurídica del poder. Interpretar a favor del ejercicio de un derecho significa preferir las construcciones que le den mayor eficacia. Esto es, no caer en formalismos (degeneración del pensamiento formal), desviando los requisitos formales de sus genuinos fines de seguridad, para

convertirlos en obstáculos que, por la desproporción entre lo que protegen y lo que impiden, lesionen los derechos cuya tutela se reivindica. Aplicación inmediata de esto es, por ejemplo, el principio de trascendencia de las nulidades procesales, adoptado siempre por la jurisprudencia constitucional¹, como también la flexibilización jurisprudencial del cumplimiento de los requisitos formales del recurso de casación².

2. Interpretación según los tratados de derechos humanos

5. Los derechos se interpretan según los tratados de derechos humanos porque éstos forman parte del bloque de constitucionalidad. En lo atinente a estos tratados, el artículo 410.11 supuso llevar al texto expreso de la Constitución la jurisprudencia ya existente del Tribunal Constitucional. Ya éste había tomado el artículo 35 del texto anterior de la Constitución como "permiso expreso" para la incorporación de normas al bloque de constitucionalidad. Interpretado como norma incorporante, el artículo 35 fue tomado en puerto de entrada de derechos y garantías que nacían de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, pero que no estaban literalmente enunciadas en el texto de la Constitución. La primera vez que se hizo mención al bloque de constitucionalidad fue en la STC 95/2001-RDI (21 de diciembre, párrafo V.2). En ella, aunque los límites del bloque ya estaban claros (i.e. los tratados sobre derechos humanos), no se argumentaba sobre su fuente positiva. El artículo 35 ni siquiera mereció mención. Ya para la STC 1662/2003-RAC (17 de noviembre, párrafo III.2) el artículo 35 fue tomado como norma incorporante, pero el Tribunal desarrolló mejor su justificación en la STC 45/2006-RDI (2 de junio, párrafo II.5.1). Aquí, sin embargo, comenzó usando un lenguaje cercano al concepto de constitución material. Afirmó que las normas del bloque eran tales por virtud a sus "cualidades intrínsecas". Pero las cualidades intrínsecas (materia) que debía tener una norma para integrar el bloque de constitucionalidad estaban decididas por la propia Constitución, a través de la norma interpretada como incorporante. Por tanto, el concepto de bloque de constitucionalidad se fundaba en el concepto formal de constitución. Por lo mismo, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma contraria al bloque debía sustanciarse como una violación del artículo 35 del texto formal de la Constitución.

6. Normativamente, que los tratados sobre derechos humanos fueran normas constitucionales llevaba consigo la incorporación de su significado jurídico tal como había sido definido por los órganos autorizados para su interpretación. Por esto, los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también eran parte del bloque de constitucionalidad. Era consecuencia de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorgase competencia a la Corte para aplicar e interpretar la Convención (artículo 62) y para producir decisiones autoritativas

¹ STC 731/2010-AAC (26 de julio, párrafo III.3).

² STC 2210/2012-AAC (8 de noviembre, párrafo III.2).

al respecto (artículo 67). Por tanto, negar el carácter vinculante de los precedentes hubiese supuesto violar la propia Convención, en la medida que suponía desconocer la calidad de órgano autoritativo que tiene la Corte. Obedecer los precedentes era también una exigencia práctica, porque suponía que el Estado se comportase según las normas que serían usadas para su enjuiciamiento. Pero el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la incorporación de la jurisprudencia sino hasta el 2010, en la STC 110/2010-AAC (10 de mayo, párrafo III.3). A partir de acá, la incorporación de la jurisprudencia interamericana tuvo sustento expreso en el derecho positivo de fuente judicial. De ahí que, invocando dicha sentencia, el Tribunal haya recurrido a los asuntos “Baena Ricardo y otros vs. Panamá” (2001), “Tribunal Constitucional vs. Perú” (2001) y “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (2004), para explicar que las garantías insertas en el debido proceso son por igual aplicables en sede administrativa³; y haya recurrido a este último también para justificar la inconstitucionalidad del delito de desacato⁴; así como haya recurrido a los asuntos “De La Cruz Flores vs. Perú (2004) y “Vélez Loor vs. Panamá” (2010) para justificar la inaplicación de la retroactividad penal en materia de corrupción (artículo 123 de la Constitución), por contraria al *favor rei*⁵.

7. Como los tratados de derechos humanos son normas de jerarquía constitucional, sus relaciones con las normas que integran el texto formal de la Constitución sólo pueden definirse por un criterio de relacionamiento intranormativo. Tal criterio es el de especialidad. Según este criterio, de presentarse una antinomia entre una norma del texto formal de la Constitución y una contenida en un tratado sobre derechos humanos, la resolución del conflicto consiste en demostrar que, en realidad, no hay antinomia. Para esto, debe interpretarse el supuesto de hecho de la norma del texto formal como siendo lo suficientemente general como para cobijar el supuesto especial de la norma de fuente internacional, eliminándose la antinomia con la aplicación preferente de esta última.

8. Para justificar la aplicación preferente de una norma constitucional respecto de otra norma también constitucional, a veces se dice que la primera tiene rango “supraconstitucional”. Esto es un equívoco. Para que una denominación sea válida debe describir suficientemente la categoría conceptual que designa. La denominación sería correcta si ella se refiriese al derecho internacional y a su primacía sobre el derecho interno, incluyendo el constitucional. Pero la denominación se refiere más bien a las relaciones entre normas del mismo cuerpo normativo (la Constitución). La “supraconstitucionalidad” confunde las relaciones estructurales del sistema jurídico con las formas específicas de relacionamiento intranormativo. Como construye sobre un error (concebir al criterio de jerarquía como única forma

3 STC 140/2012-AAC (14 de mayo, párrafo III.1.1).

4 STC 1250/2012-AIC (20 de septiembre, párrafo III.3.1).

5 STC 770/2012-AIC (13 de agosto, párrafo III.4.1).

de relacionamiento intranormativo), concluye en otro error (reducir la aplicación preferente de una norma a términos de jerarquía, como la propia palabra “supraconstitucional” mienta). Si la aplicación preferente se reduce a términos de jerarquía, la “supraconstitucionalidad” significaría (1) una invocación al naturalismo, o (2) la ordinarización de la constitución.

(1) Si es lo primero, las normas “supraconstitucionales” serían una teoría acerca del conocimiento moral, no derecho positivo. No siendo jurídicas, hablar de su aplicación preferente estaría fuera de lugar.

(2) Si es lo segundo, la Constitución no sería la norma fundacional del sistema jurídico. Si se admite que en el derecho interno hay normas superiores a la Constitución, ésta debería su validez a aquellas. De ser así, las normas fundacionales serían las normas “supraconstitucionales”. Sólo ellas condicionarían la validez de todo el sistema jurídico, comenzando con la Constitución, que para unificar denominaciones habría que llamarla “Constitución ordinaria”. Por último, si con el término “supraconstitucionalidad” se quiere hacer referencia a que ciertas disposiciones tienen mayor relevancia material que otras, entonces la “supraconstitucionalidad” sería una nueva denominación para una categoría conceptual ya nominada: el ámbito de aplicación material de las normas. Por razón de su ámbito de aplicación, unas normas pueden influir en la determinación del significado jurídico de otras. A nivel constitucional esto se ve con la aplicación de los principios. La mayor acción material de éstos es consecuencia de su fisonomía como mandatos de optimización. No son mandatos definitivos, que se cumplen o se violan (*tertium non datur*). Son normas que establecen una finalidad, y la coherencia del sistema lleva a que las demás normas se adapten a ésta. Es así como el ámbito de aplicación material de una norma participa en el proceso de determinación del significado jurídico de otra, sin necesidad de serle superior. Se trata de contenidos de mayor importancia valorativa según el propio sistema jurídico, no de formas superiores.

Por tanto, no hay una relación estructural entre las normas constitucionales del texto formal y las de los tratados de derechos humanos incorporados. Lo que hay es una forma de relacionamiento intranormativo (la especialidad).

9. El mérito de la Constitución ha sido explicitar este razonamiento. (1) Ya siendo los tratados de derechos humanos parte de la Constitución desde 2001, y (2) siendo aquellos especiales en su materia respecto de ésta, pues (3) en caso de antinomia el intérprete tenía que decantarse por la norma de fuente internacional, excepto cuando (4) su especialidad supusiese un obstáculo para la efectividad de los derechos, en cuyo caso debía aplicar el texto formal de la Constitución, que fue instituido para garantizar su ejercicio.

(1) Repárese en el contenido del artículo 13.IV de la Constitución: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. (...)”. El texto “y que prohíben su limitación en los estados de excepción” podría llevar a entender que sólo prevalecerán en el orden interno los tratados de derechos humanos que contengan tal prohibición. Pero esta no es una interpretación posible. Resulta antinómica con el artículo 410.II, que hace que cualquier tratado sobre derechos humanos tenga jerarquía constitucional. En consecuencia, el significado jurídico que dicho texto está predicando es la especialidad de las normas que menciona en relación con las demás normas constitucionales (tanto las del texto formal como las incorporadas). Como la unidad del sistema jurídico impide sostener que el artículo 13.IV esté diciendo lo que su tenor literal, en efecto, dice, debe rescatarse su sentido normativo apelando a su especialidad. Esto permite demostrar que no contradice lo dispuesto por el artículo 410.II. Así, (1) el artículo 410.II establece la supremacía constitucional llana de todos los tratados sobre derechos humanos, pero (2) eso no es antinómico con que durante el estado de excepción la aplicación de tales tratados se rija por la regla especial del artículo 13.IV reconstruido: prevalecen entre todas las normas constitucionales de la materia (supremacía constitucional llana), aquellas que prohíban la limitación de los derechos humanos durante el estado de excepción (aplicación del criterio de especialidad entre normas del mismo rango).

(2) Que el criterio de especialidad regula las relaciones entre las normas constitucionales sobre derechos humanos está claro en el texto expreso del artículo 256.I: los tratados sobre derechos humanos que “declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”. Al igual que en el caso del artículo 13.IV, aquí la preferencia no está en función de la jerarquía (porque todas las normas son del mismo rango), sino de la especialidad. Y tal cosa es la que se ha hecho con el artículo 123 de la Constitución en relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11.2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15.1). Compulsados todos ellos con los artículos 13.IV y 256 de la Constitución, el Tribunal razonó que la aplicación retroactiva de la ley penal no podía ir más allá del *favor rei*⁶, inaplicando así el la letra expresa del texto formal de la Constitución, que permite la retroactividad penal “en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado” (artículo 123).

(3) Con forma de regla de interpretación, el artículo 256.II introduce al sistema una norma sobre la producción jurídica (fuente). Establece que los derechos reconocidos en la Constitución se interpretarán de acuerdo a los tratados internacionales sobre

6 En cita en nota al pie 5.

derechos humanos "cuando éstos prevean normas más favorables". Excepto la parte entrecomillada, el mismo texto está en el artículo 13.IV. Para ambos artículos debe entenderse que la regla de interpretación supone la especialidad de los tratados de derechos humanos respecto del texto formal de la Constitución, tomando como criterio específico de especialidad su carácter más favorable para los derechos humanos. Que la mención expresa al carácter más favorable no esté en el texto del artículo 13.IV no quiere decir que no sea parte de su significado jurídico. Las constituciones existen para instituir gobiernos de poderes limitados; la regla general para su interpretación es leerlas a favor de los derechos fundamentales.

(4) Entre los artículos 196.II y 256.II de la Constitución existe una relación de medios a fines. El primero dice que el Tribunal Constitucional aplicará, con preferencia, los criterios de interpretación gramatical e histórico, y el segundo dice que los derechos se interpretarán de acuerdo a los tratados, cuando éstos prevean normas más favorables. Este último, en consecuencia, establece un **telos**: favorecer el ejercicio de los derechos. Respecto de esto, el primero es un instrumento: es el medio que tiene el Tribunal Constitucional para decidir si es la norma de fuente internacional, o es si el texto formal de la Constitución, la norma que más favorece a un derecho. Los criterios de interpretación, en sí mismos, carecen de sustantividad propia. Son instrumentos al servicio de los fines del sistema jurídico. Por tanto, aplicar la norma que favorezca a los derechos es un fin que gobierna la interpretación constitucional, no un criterio instrumental, como al parecer lo ha entendido el Código Procesal Constitucional (artículo 2.II.2).

3. Reserva material de Ley

10. Por su contenido, el artículo 109.II es una garantía institucional. Dice que los derechos "sólo podrán ser regulados por ley", lo que significa (1) que no pueden ser regulados por otra forma normativa y (2) que la ley no puede privarlos de su contenido. Esto venía ya de las reformas de 1861. Ya en ellas la Constitución impuso que los derechos y garantías "no [podrían] alterarse por las leyes que reglamenten su ejercicio" (artículo 18). Al igual que la fórmula actual, se trataba de una reserva material, pero que debía ser objeto de reconstrucción. Así, si correspondía al Poder Legislativo reglamentar el ejercicio de los derechos, entonces no correspondía a ningún otro; donde debía asumirse que al decir "ley", la Constitución estaba diciendo ley en sentido formal, por tratarse de la Constitución de una república. Esta misma fórmula se mantuvo hasta las reformas de 1938, cuando su texto pasó a ser una afirmación: "toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" (artículo 6); manteniéndose la prohibición de alteración de los derechos como un artículo independiente (artículo 28). De 1938 a 2009 el cambio ha sido en el énfasis: de "conforme a las leyes" a "sólo" por ley. Pero de 1861 a 2009 la constante es la misma: queda sobrentendido que al decir "ley"

se trata de una ley formal, por tratarse de una Constitución republicana, como, sin necesidad de mayor razonamiento, lo entendió el Tribunal Constitucional en 1999, en una escueta, pero hito, sentencia en la materia⁷. En este sentido, que la Constitución de 1826 no hubiese tenido una norma expresa al respecto, no quiere decir que los derechos no tuviesen que ser regulados sólo por ley. No hace falta decir que en una república el órgano con mayor legitimidad democrática es el legislativo y que, en un gobierno de poderes limitados instituido para garantizar el ejercicio de los derechos, por fuerza debe corresponder a dicho órgano su regulación. Y, lo mismo, está demás decir que la falta de una prohibición específica de alterar los derechos no los deja desguarnecidos, porque su carácter inviolable deviene del carácter normativo de la norma constitucional que los contiene.

11. Por la reserva formal la ley puede regular todo lo que la Constitución no ha atribuido a otros órganos. Esta concesión al Poder Legislativo es consecuencia de la mayor legitimidad democrática que ostenta. Que la ley lo pueda todo, dentro del límite dicho, pareciera hacer irrelevante el principio de reserva legal (reserva material de ley), que hace que una materia sólo pueda ser regulada por ley formal. Pero no es así. El principio de reserva legal fue originalmente formulado para las organizaciones jurídicas de legitimidad monárquica. Aquí la reserva significaba limitar la competencia normativa general del Poder Ejecutivo. Como el principio organizativo era monárquico, correspondían al rey todas las competencias que la constitución no le hubiese privado (una norma general excluyente a su favor). Su poder era un derecho propio de carácter originario (anterior a la constitución). Para asegurar que asuntos como, por ejemplo, la propiedad y la libertad fueran decididos en asamblea, había que “reservarlos” a su favor, excluyendo al rey de su tratamiento. En la organización jurídica de legitimidad democrática, en cambio, los poderes públicos sólo pueden actuar en virtud de habilitaciones normativas. Aquí el objeto del principio de reserva legal consiste en imponer al legislador el deber de regular por sí mismo una materia determinada. Esto limita su competencia para dejar a la potestad reglamentaria la regulación de la materia reservada. **Potestas delegata non potest delegari**⁸. Si lo hiciera, la delegación violaría la cláusula de reserva, en este caso, el artículo 109.II, causando la inconstitucionalidad del acto legislativo delegante como de la forma normativa delegada (vg. un decreto), como ocurrió con el Código Tributario (artículo 146), que remitía a la potestad reglamentaria la regulación de los plazos, términos, condiciones, requisitos y forma de los recursos de alzada y jerárquico⁹. Hasta aquí los efectos de la reserva material en relación a otras fuentes.

12. Si la reserva material ha sido instituida como garantía de los derechos, por definición, la ley no puede privarlos de su contenido. Una ley que, en nombre

7 STC 17/1999-RDI (6 de diciembre, párrafo III.2).

8 DC 6/2000-CCP (21 de diciembre, párrafo III.2).

9 STC 9/2004-RDI (28 de enero, párrafo III.5).

del artículo 109.II, legislase así, sería inconstitucional. Tomar este artículo como una competencia ilimitada es un exceso de formalismo. Olvida que la hipótesis de los derechos vacíos supone una negación de la propia Constitución, instituida para garantizar su ejercicio. Desde 2001 el Tribunal Constitucional ha adoptado la garantía del contenido esencial, excluyendo de regulación el núcleo esencial de los derechos, que no puede ser afectado para que no se “altere el derecho como tal”¹⁰. Interpretativamente, esta construcción cogía pie en el artículo 229 del anterior texto constitucional, que prohibía la alteración de los derechos por las leyes que regulasen su ejercicio. Al decir “el derecho como tal”, el Tribunal estaba haciendo suya la teoría absoluta del contenido esencial, que sostiene que los derechos están definidos por una específica esfera permanente, que existe como una medida preestablecida fija determinable en forma abstracta. Hoy el contenido del anterior artículo 229 está en el artículo 13.I. Prohibir la alteración de los derechos (artículo 229) es jurídicamente lo mismo que prohibir su violación (artículo 13.I). Con esto, (1) el precedente constitucional que viene de 2001 sigue vigente, porque la norma constitucional que le da fundamento, como acto interpretativo, no ha cambiado, y (2) al no haber cambiado la norma constitucional, el Tribunal Constitucional puede mantenerse aferrado a la teoría absoluta (como lo ha hecho con el derecho de propiedad para determinar que le desapoderamiento del bien en litigio es immanente a la declaratoria de propiedad¹¹), o abordar la garantía del contenido esencial desde su vertiente relativa, “como [aquel contenido que queda] después de una ponderación”¹² con aquellos derechos que justifiquen su limitación (como lo ha hecho al declarar la inconstitucionalidad del delito de desacato, por tratarse de una intromisión desproporcionada en la libertad de expresión¹³). Ambas opciones son constitucionalmente válidas, porque ambas son definiciones operativas del concepto jurídico de inviolabilidad, aunque la segunda parece ser más apropiada para pensar el derecho constitucional, para el que desde la tercera década del siglo XX las categorías absolutas comenzaban a serle ajenas y no así las cuestiones de grado¹⁴.

4. Tutela en sede constitucional

13. La Constitución dedica un capítulo a las “Acciones de Defensa”. Allí están las acciones de (1) libertad, (2) amparo (3) protección de privacidad, (4) inconstitucionalidad, (5) cumplimiento y (6) la acción popular. Pero las acciones (4) y (5) no son acciones de naturaleza tutelar:

10 STC 4/2001-RDI (5 de enero, párrafo V.2).

11 STC 121/2012-AAC (2 de mayo, párrafo III.5).

12 ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales* (3ª reimpresión, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), p. 288.

13 En cita en nota al pie 4.

14 “En los días de [Marshall] no estaba reconocido, como sí lo está hoy en día [refiriéndose a 1928] que muchas de las distinciones del derecho son distinciones de grado” (HOLMES, opinión disidente en “Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex rel. Knox”, 277 U.S. 218, 223, 1928).

14. De las que quedan como acciones de tutela, la acción de libertad y el amparo constitucional son las más antiguas. La primera viene de las reformas de 1938 (artículo 8) y, respecto de las reformas de 2009, la innovación ha consistido en ampliar el objeto procesal de su pretensión, sumando el derecho a la vida al derecho a la libertad (artículo 125), que era por definición el objeto de esta acción. Su desarrollo jurisprudencial más notable ha sido consolidarse como un medio de defensa contra particulares¹⁵, cuestión que, salvo alguna sentencia excepcional en dicho sentido¹⁶, no lograba tramontar la creencia, impuesta por su antigüedad pero no por su razonabilidad constitucional, en sentido que las privaciones a la libertad entre particulares eran fuero exclusivo del derecho penal.

15. La acción de amparo fue introducida en las reformas de 1967 (artículo 19). Su mayor desarrollo ha sido jurisprudencial, como también su mayor retroceso y reivindicación.

(1) Respecto a su desarrollo, el mismo causó tensiones entre el Tribunal Constitucional y la entonces Corte Suprema. Aquí se dijo que el Tribunal se inmiscuía en cuestiones privativas de la jurisdicción ordinaria y que generaba inseguridad jurídica. Ambas acusaciones se reducían a la revisión por vía de amparo de decisiones de la jurisdicción ordinaria. Desde su sentencia hito en la materia¹⁷, el Tribunal condicionó la revocación de las decisiones de la jurisdicción ordinaria a la violación de derechos fundamentales. Esto no ha variado¹⁸. En estos casos, el Tribunal no invade la competencia de la jurisdicción ordinaria, sino que se limita a ejercer la suya propia. La razón: todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales para el ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, a la competencia del Tribunal Constitucional para su enjuiciamiento. Si no fuera así, habría que asumir que las decisiones de la jurisdicción ordinaria estarían fuera del sistema jurídico. Por tanto, si las decisiones de la jurisdicción ordinaria derivan su validez de la Constitución, entonces el análisis por vía de amparo del respeto a los derechos y garantías constitucionales no debe suscitar controversia alguna.

(2) Su mayor retroceso fue desconocer la naturaleza constitucional del derecho al juez preconstituido por ley¹⁹. El Tribunal Constitucional dijo que a esta garantía correspondía un “resguardo reforzado”. Esto es correcto. Pero él mismo se desdijo: su interpretación importaba, al cabo, negar que esta sea una garantía de fuente constitucional, porque sólo no siéndola se justificaba que no la tutele, y como el

15 STC 258/2012-AL (29 de mayo, párrafo III.1).

16 STC 1304/2002-RHC (28 de octubre, párrafo III.2).

17 AC 111/99-RAC (6 de septiembre, último considerando).

18 STC 1093/2012-AAC (5 de septiembre, párrafo III.2).

19 STC 99/2010-RAC (10 de mayo, párrafos III.4 a III.7).

Tribunal de hecho le había esquivado la prestación de tutela, había terminado diciendo, a pesar suyo, que no nacía de la Constitución.

El juez preconstituido por ley (juez natural competente) es parte del contenido de la garantía general del debido proceso (artículos 115.II, 117.I y 120.I de la Constitución). Como tal, su regulación está reservada al poder legislativo (artículo 109.II). Jurídicamente, significa que (1) los juzgados y tribunales sólo pueden ser creados por ley, (2) que, además, su composición personal sólo pueden ser determinada por una ley que establezca el procedimiento para la designación de sus miembros, (3) que sólo una ley puede investirlos de jurisdicción y competencia (con anterioridad al hecho que motiva su actuación), y (4) que, en definitiva, quedan prohibidos los tribunales de excepción (artículos 120.I y 180.III). Por tanto, la violación de cualquiera de estos supuestos habilitaría al Tribunal para tutelar al afectado. Pero esto es lo que la jurisprudencia impedía. Reconstruido, el argumento del Tribunal discurría: (1) La violación de cualquiera de los supuestos anteriores significa una actuación sin competencia. Cierto. (2) Los actos *ultra vires* (sin competencia) son materia "específica" del recurso directo de nulidad. Falso: no cuando violan un derecho fundamental. (3) Por tanto, este era el "mecanismo idóneo, inmediato, eficaz y específico para [la] protección" del juez preconstituido por ley. Falso. Y (4) si la vía es el recurso directo de nulidad, entonces, por exclusión, la acción de amparo constitucional no tutelaba esta garantía. Falso. Se trataba de una falacia de accidente (tratar lo accidental como esencial): consideraba que aquellas propiedades que accidentalmente se encuentran en una categoría conceptual, definían su esencia (como inferir de Bach y Pachelbel, como compositores barrocos alemanes, que los compositores barrocos fueron siempre alemanes).

Aquí estaba el error. Se confundía la razón de la pretensión procesal de la acción de amparo (causa de pedir) con su objeto (el efecto que produce el procedimiento). Como en la acción de amparo contra un acto de juez incompetente y en el recurso directo de nulidad el objeto de la pretensión es el mismo (genéricamente, la declaratoria de incompetencia), el Tribunal asumía que la razón de la pretensión de los dos procedimientos era también la misma. Pasaba por alto que la coincidencia en el objeto era aquí un accidente. Lo que hace que la acción de amparo y el recurso directo de nulidad no sean lo mismo es, precisamente, la razón de sus respectivas pretensiones procesales. Esa es la esencia de cada cual. En el recurso directo de nulidad la razón de la pretensión es la integridad objetiva de la distribución constitucional de competencias. La causa de la impugnación es la actuación *ultra vires*. Acá, el solo hecho de la falta de competencia asegura una decisión estimativa de la pretensión. La expresión de agravios que se exige al recurrente es tan solo un presupuesto procesal para la admisión del recurso. A contrario: aún cuando no se viole un derecho constitucional, habrá decisión estimativa siempre que haya actuación sin competencia. En la acción de amparo, en cambio, la razón de la pretensión es

la tutela de los derechos constitucionales. Es una acción de defensa. Acá lo que importa no es si los derechos fueron lesionados por un acto sin competencia (*ultra vires*), sino, desnudamente, el hecho de que hayan sido lesionados. La expresión de agravios es aquí a la vez un presupuesto procesal y un presupuesto sustantivo para la obtención de una decisión estimativa de la pretensión. Sin daño a un derecho constitucional, no hay decisión estimativa. Ergo, si el juez preconstituido por ley es una garantía constitucional, entonces cualquier lesión a esta garantía debe remediarse por la acción de amparo, sea que haya o no sido causada por una actuación sin competencia. Negar esto ya era bastante error: equivalía a decir que el juez natural competente no era una garantía constitucional, porque sólo lo que no es un derecho constitucional no es defendible por la acción de amparo.

Pero no fue el único error. El Tribunal también confundió dos presupuestos procesales distintivos de ambos procedimientos, equiparando el del recurso directo de nulidad con el de la acción de amparo, sin reparar en que el recurso directo de nulidad es, por definición, directo. Según el Tribunal, para la procedencia del recurso directo de nulidad “se deb[ían] agotar previamente los mecanismos internos efectivos para la restitución de la garantía de competencia”. Esto se llama subsidiaridad, y es un presupuesto para la procedencia de la acción de amparo. El recurso directo de nulidad, en cambio, desde que es tal (directo), no supone el agotamiento de ninguna vía procesal previa, habida cuenta que sólo procede ante la falta de previsión de vías por parte del sistema jurídico. De haber una vía que remedie la cuestión de competencia, ésta excluye la procedencia del recurso. Lo que, llevado al juez preconstituido por ley, significaría que la jurisdicción constitucional jamás podría tutelarlos, porque de hecho todas las leyes de procedimiento consideran mecanismos excluyentes del recurso directo de nulidad (i.e. excepción de incompetencia, inhibitoria, declinatoria). Si a consecuencia de la falacia de accidente resultaba que el juez preconstituido por ley no era tutelable en vía de amparo, a consecuencia de desplazarlo hacia el recurso directo de nulidad, resultaba que ni siquiera era de origen constitucional, porque sólo lo que no nace de la Constitución no puede ser conocido por el Tribunal Constitucional, de donde el “resguardo reforzado” enunciado por el Tribunal terminaba desguarneciendo a una garantía fundamental de tutela constitucional, como lo reconoció el propio Tribunal al reencausar su jurisprudencia y reivindicar el derecho al juez preconstituido por ley como una garantía constitucional: “en la práctica dicha disquisición [refiriéndose a la distinción entre juez imparcial, juez independiente y juez competente] provocó denegación de justicia al generarse una disfunción procesal entre el recurso directo de nulidad y la acción de amparo constitucional”²⁰.

16. Desde su institución, el objeto de la pretensión de la acción de amparo abarcó siempre todos los derechos de índole constitucional. Pero en las reformas

20 STC 693/2012-AAC (2 de agosto, párrafo III.2).

de 2004 se dotó a los derechos a la intimidad y a la privacidad de una acción propia, aunque por remisión expresa su procedimiento era el mismo que el de la acción de amparo (artículo 23.V). Ese fue el origen de la acción de privacidad, hoy inscrita en el artículo 130 y la remisión de su procedimiento al de la acción de amparo en el artículo 131.I. Careciendo de un procedimiento y de una instancia propia, las reformas de 2004 escindieron ociosamente el amparo. Que los derechos a la intimidad y a la privacidad no hubiesen estado expresamente mencionados en el texto de la Constitución hasta la incorporación de la acción de privacidad, no quiere decir que no fuesen derechos constitucionales. Ellos nacían del artículo 6.II, que hacía inviolables la dignidad y la libertad. Que en una república la intimidad y la privacidad sean parte de la esfera de libertad protegida es cosa que no necesita de mayor construcción, lo mismo que no necesita de mayor argumento que intimidad y privacidad hagan parte del concepto jurídico de dignidad. Antes de 2004, por tanto, podía también protegerse estos derechos, usando la acción de amparo.

17. La acción popular es una innovación de la Constitución de 2009. El objeto de su pretensión es la protección de los “derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza” (artículo 135). A partir de acá, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el objeto de su pretensión se extiende también (1) a los derechos e intereses difusos, (2) a otros derechos e intereses colectivos y difusos distintos a los enunciados en el texto formal, no obstante provengan de fuente legal, y (3) a otros derechos, por su vinculación con los derechos e intereses tutelados por la acción popular²¹. Aunque la Constitución también remite su tratamiento procesal al de la acción de amparo (artículo 136.II), la acción popular no es subsidiaria del agotamiento previo de los medios ordinarios de defensa (artículo 136.I). Son sujetos activos de la pretensión toda persona a título individual o en representación de una colectividad (la legitimación amplia es consecuencia del carácter colectivo del objeto procesal) y, obligatoriamente, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus funciones (artículo 136.II); mientras que son sujetos pasivos de la misma toda autoridad o todo particular que, por acción u omisión, viole o amenace violar los derechos o intereses objeto de tutela por esta vía. El carácter colectivo del objeto de la pretensión extiende sus efectos a la cosa juzgada. Habiéndose pronunciado una decisión de fondo, la cosa juzgada quedará constituida por la identidad de objeto, causa y colectividad, ya que la decisión, por pronunciarse sobre un derecho o interés colectivo, produce sus efectos sobre toda la colectividad, y no únicamente sobre el específico sujeto accionante.

18. La acción de cumplimiento no tutela derechos, con mucho que el Tribunal Constitucional arribe a la conclusión contraria, al casar la razón de su pretensión

21 STC 176/2012-AP (14 de mayo, párrafo III.1).

con la posible existencia de un daño “directo o indirecto” a un derecho²². No es de naturaleza tutelar, porque el objeto de su pretensión es garantizar la ejecución de las disposiciones constitucionales o legales cuyo cumplimiento hubiese sido omitido (artículo 134). La Constitución es clara: no hace a la razón de su pretensión que el incumplimiento hubiese dañado o amenazare dañar un derecho constitucional. Sólo exige como fundamento el hecho del incumplimiento. A contrario, si hubiese violación de un derecho constitucional a causa de la omisión de un acto debido, la vía no sería la acción de cumplimiento, sino el amparo por omisión. Al haberse alejado del principio de unidad de acción y pluralidad de pretensiones, la Constitución ha optado por un sistema de acciones mutuamente excluyentes. Y como en su seno no pueden haber antinomias, ella misma ha hecho que los actos de incumplimiento dañinos para los derechos constituyan la razón de la pretensión del amparo por omisión (artículo 128), y ha excluido del fundamento de la acción de cumplimiento el daño constitucional a un derecho. En este sentido, no debe confundirse la exigencia de fundamentar la afectación que sufre el accionante (artículo 134.II), con la razón de la pretensión de la acción de cumplimiento. Lo primero es una condición de admisibilidad, que deriva del carácter concreto de la acción. No es una acción abstracta, no vinculada a un caso concreto, resoluble por el mero interés académico del actor. De ahí que quien la interponga deba fundamentar su interés para actuar, para echar a andar la jurisdicción. Lo segundo es una condición de la pretensión, de su éxito o de su fracaso, pero necesaria para decidirla sustantivamente.

No hay un derecho a hacer valer, en vía de acción de cumplimiento, la interpretación de una disposición normativa. La interpretación de una norma corresponde a su órgano de aplicación. Sólo si por irrazonable viola derechos constitucionales, puede la jurisdicción constitucional revisarla en vía de amparo²³. Por exclusión, entonces, la acción de cumplimiento sólo puede ordenar la ejecución de disposiciones constitucionales claras y expresas. Y cuando se trata de disposiciones de fuente legal, sólo hacen a la acción de cumplimiento aquellas leyes a las que la Constitución se remita expresamente, delegándoles el desarrollo de un determinado contenido fijado por ella, tal como, por ejemplo, la ley que desarrolle la composición, la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional (artículo 197.III). Esto, dicho en disenso con lo sostenido por el Tribunal Constitucional²⁴, para el que es demandable de cumplimiento por esta vía (1) no solo cualquier ley en sentido formal, sino (2) también cualquier norma general (i.e. ley en sentido material, por eso dice “ley sin importar la fuente de producción, abarcando, por tanto, a decretos supremos, resoluciones supremas, la legislación departamental y municipal”). Si por la acción de cumplimiento se pudiera demandar la ejecución de cualquier ley, la

22 STC 258/2011-ACU (16 de marzo, párrafo III.1.5).

23 STC 452/2011-AAC (18 de abril, párrafo III.2).

24 En cita en nota al pie 22, seguida por la STC 1675/2011-ACU (21 de octubre, párrafo III.2), luego por la STC 1765/2011-ACU (7 de noviembre, párrafo III.2) y por la STC 862/2012-ACU (20 de agosto, párrafo III.1).

distinción entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria se diluiría. Siendo aquella una acción constitucional, está para defender la Constitución, no la legalidad ordinaria. Por consiguiente, cuando la Constitución incluye en el objeto de su pretensión el incumplimiento de la ley (artículo 134.1), tal objeto debe leerse según el sistema de garantías al que pertenece, esto es, como medio de defensa de la propia Constitución. Y como es una acción instaurada para defender los mandatos claros y expuestos de la Constitución, la demanda de cumplimiento de una ley no puede sino estar atada a dichos mandatos. Por tanto, al exigirse el cumplimiento de dicha ley, se está exigiendo el cumplimiento, por devolución, de la disposición constitucional que ordenó tal remisión legislativa. Pero al extender sin más el objeto de la acción de cumplimiento a la tutela del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional ha transmutado su naturaleza constitucional en la que debería ser una de las pretensiones de un proceso contencioso-administrativo de jurisdicción plena, que condene a la Administración a dar o a hacer a consecuencia de una demanda por la omisión de un acto debido.

19. Que la acción de inconstitucionalidad es de control normativo fluye de los artículos 132 y 133 de la Constitución. Ella está para defender su integridad objetiva. Su efecto jurídico es la invalidez del derecho ordinario (objeto) que viole directamente el clausulado constitucional (razón). Nace de la Constitución como acción directa y abstracta (artículo 202.1) y como incidente a un proceso principal. En esto consiste que toda persona afectada por una norma inconstitucional esté autorizada para promoverla (artículo 132), porque que alguien esté afectado por una norma quiere decir que será objeto de su aplicación. No hace, en consecuencia, a la razón de su pretensión la existencia de daño a un derecho constitucional.

El Tribunal ha reivindicado el incidente de inconstitucionalidad, al revertir las limitaciones a las que había sido objeto. Ya en la STC 3/2007-R11 (17 de enero) lo hizo aplicable en el arbitraje, desdiciéndose del absurdo que suponía que, mientras que en la jurisdicción ordinaria debía juzgarse según el derecho constitucionalmente válido, en el arbitraje podía resolverse sin consideración sobre la constitucionalidad del derecho aplicable²⁵. Tal consecuencia sólo sería plausible si el arbitraje exorbitara el sistema constitucional. No siendo extrasistémico, es simplemente insostenible. Pero las limitaciones seguían. El incidente sólo estaba permitido de presentarse en procesos administrativos y judiciales y contra las normas a aplicarse en la decisión de fondo sobre la materia litigiosa²⁶. A contrario, el incidente estaba vedado de presentarse (1) en procedimientos administrativos (la distinción entre proceso y procedimiento se la hizo en la STC 9/2004-RDI, 28 de enero, párrafo III.4), (2)

25 AC 147/2005-CA (8 de abril, párrafo II.2).

26 STC 67/2003-R11 (22 de julio, párrafo III.1).

contra normas aplicables a incidentes²⁷, (3) en la solicitud de tutela cautelar²⁸, (4) contra cualquier norma procesal²⁹, (5) contra normas que regulan el término de prueba³⁰, (6) en la formulación de excusas y recusaciones³¹, (7) contra normas que regulan los actos de conocimiento³², y (8) en ejecución de sentencia³³. No fue hasta la STC 658/2012-All (2 de agosto, párrafo III.3) cuando estas restricciones fueron superadas. Pero esta sentencia ha mantenido la prohibición de presentar el incidente de inconstitucionalidad en el curso de una acción de amparo³⁴. Este límite es correcto, pero no porque la acción de amparo deba ser expedita, que es lo que argumenta el Tribunal. Para gozar de corrección racional, este argumento debiera aceptar, como fundamento implícito, que las violaciones a la Constitución no son reprochables siempre y cuando se las consolide con la debida prontitud. Es un hecho que el Tribunal no tolera este razonamiento, por eso que haya aclarado que, en las acciones de amparo, es a los propios jueces de garantías a quienes corresponde imponer la supremacía de la Constitución, aplicándola con preferencia al derecho ordinario que le fuera contrario. Para ahorrarse este rodeo, bastaba con reparar en la distinta naturaleza de la acción de amparo y del incidente de inconstitucionalidad. Mientras que la razón de la pretensión en la primera es el daño a un derecho constitucional, la razón de la pretensión en la segunda es un conflicto normativo. Por tanto, que no pueda presentarse el incidente de inconstitucionalidad en el curso de una acción de amparo es una consecuencia que viene de sus distintos objetos procesales.

20. La declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos pro-futuro. Así que las sentencias ya pasadas en autoridad de cosa juzgada, fundamentadas en la aplicación del derecho ordinario declarado luego inconstitucional, son irrevisables. Su estabilidad es consecuencia de la presunción de validez: ellas se justificaron en una norma que en su momento se estimaba válida y que, por tanto, producía sus efectos también válidamente. Pero esto no es aplicable a las sentencias en materia penal: aquí rige el *favor rei*, que es de fuente constitucional (artículo 123). Por tanto, al imputado le es aplicable retroactivamente la declaratoria de inconstitucionalidad que le es beneficiosa. *A fortiori*, la misma consecuencia es extensiva al derecho administrativo sancionador, porque, si se permite lo más, por fuerza debe permitirse lo menos (*a maiore ad minus*). Como la sentencia puede declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la norma impugnada, si es lo segundo, dice la Constitución que la hace “inaplicable” con “efectos respecto a todos” (artículo 133). Lo mismo

27 AC 25/2010-CA (23 de marzo, párrafo II.3).

28 AC 226/2010-CA (17 de mayo, párrafo II.5).

29 AC 266/2010-CA (26 de mayo, párrafo II.3).

30 AC 360/2010-CA (22 de junio, párrafo II.5).

31 AC 366/2010-CA (22 de junio, párrafo II.5).

32 AC 392/2010-CA (30 de junio, párrafo II.5).

33 AC 450/2010-CA (12 de julio, párrafo II.5).

34 AC 257/2010-CA (26 de mayo, párrafo II.3).

decía antes (artículo 121.II). En naturaleza jurídica se trata de una declaración de invalidez. Si la norma es válida, entonces existe como derecho y, en consecuencia, es aplicable. Si la norma es inválida, no existe y, por consiguiente, es inaplicable. Desde este punto de vista, la redacción constitucional es redundante: una norma que no existe porque es inválida es una norma que no puede aplicarse a nadie. Los errores de redacción no son casuales. Vienen del error de asumir que en los sistemas herederos de la tradición jurídica romana-germánica los precedentes judiciales no son vinculantes. Y es este un error tan anclado en nuestro pensamiento, que el riesgo que él entraña para un sistema jurídico en términos de eficacia fue el justificativo para encargar a un único tribunal la guarda de la Constitución. Por eso, mientras que la justicia constitucional regía en Estados Unidos desde 1803, su trasplante a la tradición continental requirió de la creación previa de un tribunal que monopolizase la materia, para que expresamente pudiese dotársele de efectos generales a sus decisiones. A partir de este error el derecho constitucional construyó una clasificación de los sistemas de control que los distingue según sean concentrados (un solo tribunal ejerce la jurisdicción constitucional) o difusos (varios tribunales, todos los ordinarios, que además ejercen el control constitucional). La distinción la hizo Schmitt en 1931: "Propongo el término difuso para designar el concepto opuesto al de derecho de control concentrado en una sola instancia"³⁵. Pero esta distinción es sólo procedimental. En el modelo difuso cualquier juez puede, incidentalmente, inaplicar una norma por causa de su inconstitucionalidad. Y tal inaplicación surte efectos sólo para los litigantes en el proceso. Pero como el carácter normativo de los precedentes no es violado (es el *stare decisis*, pararse, fundarse en lo decidido), a pesar de tratarse de sentencias de efectos relativos, los jueces aplican los precedentes constitucionales de los tribunales superiores hasta llegar a los precedentes sentados por la Corte Suprema que, por ser la corte de más alto grado, gozan de *stare decisis* ante todas las demás cortes del país. Por consiguiente, el órgano que decide sobre la constitucionalidad es el más alto tribunal, es decir, un solo órgano, como en el modelo concentrado. "[Como] las decisiones de la Corte Suprema vinculan a todos los demás tribunales, en tanto los tribunales americanos se consideren obligados por los precedentes de la Corte rechazando la aplicación de una norma a un caso concreto debido a su inconstitucionalidad, la decisión tiene prácticamente los mismos efectos que la anulación general de tal norma"³⁶. El poder de decisión sobre la constitucionalidad del derecho ordinario no puede difuminarse. Es conceptualmente imposible. Quebraría la unidad de la Constitución.

21. A propósito de la integridad objetiva de la Constitución como garantía para el ejercicio de los derechos, la sana actitud que debiera seguir la jurisprudencia

35 SCHMITT, Carl; *La defensa de la Constitución* (2ª edición, Madrid, Tecnos, 1998), p. 52, nota al pie 17.

36 KELSEN, Hans; *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, 4-2 *The Journal of Politics*, 1942, pp. 188-189.

debiera ser la asumida en “United States v. Carolene Products Co”³⁷ (1938), en la que Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que había un estrecho margen para hacer jugar la presunción de constitucionalidad cuando el derecho ordinario aparecía frente a una específica prohibición constitucional de interferir en una libertad clásica. Tales prohibiciones están en el derecho americano en las 10 primeras enmiendas. En el derecho boliviano, una prohibición similar está en el artículo 13.I de la Constitución (inviolabilidad de los derechos), y el fundamento para investir a las libertades clásicas de un escrutinio judicial estricto está en la existencia del propio orden constitucional. En esto lleva la razón Popper: “No escogemos la libertad política porque nos prometa esto o aquello. La escogemos porque hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano; la única forma en la que podemos ser completamente responsables por nosotros mismos”. “La libertad política es una condición previa de nuestra responsabilidad personal, de nuestra humanidad”³⁸. Para que esa condición previa quede asegurada, tiene que asegurarse la existencia del Estado en la acepción garantista del término. Si el *minimum* de libertades no está asegurado, todo lo demás está en riesgo.

II. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

22. Que la jurisprudencia sea fuente del derecho significa (1) que los tribunales producen derecho en sentido material, (2) que sus decisiones están racionalmente justificadas, (3) que el sistema jurídico les atribuye carácter general y (4) que son producto de una construcción interpretativa.

I. Producción judicial del derecho

23. La interpretación no es un acto de conocimiento que permita dar con un significado único, de corrección racional indiscutible. Es (1) una actividad de argumentación, de justificación de una decisión. Como tal es un razonamiento práctico, un ejercicio de juridicidad ocupado en justificar el significado normativo que mejor acomode en el sistema jurídico. Y (2) es una actividad de comprensión, de atribución de significado jurídico a una disposición. Aquí Gadamer lleva la razón³⁹: (1) comprender es siempre interpretar (la interpretación es una forma explícita de la comprensión); (2) el conocimiento y la aplicación del derecho no son dos actos separados, sino un solo proceso unitario; y (3) la comprensión-aplicación del derecho no difiere de la comprensión de un relato. Por tanto, dado que no se trata de un acto de conocimiento, tampoco hay métodos racionales que permitan dar con significados jurídicos inequívocos. Así como una disposición puede tener

37 304 U.S. 144 (1938).

38 POPPER, Karl R.; *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento* (1ª edición, Barcelona, Paidós, 1995), pp. 147 y 236.

39 Cit. por TALAVERA, Pedro; *Derecho y literatura* (1ª edición, Granada, Comares, 2006), pp. 15 y 16.

varias interpretaciones posibles, también hay varios métodos de interpretación disponibles. Depende del intérprete la elección del método y la elección por una de las interpretaciones en concurso. Una vez positivada, la aceptación de la interpretación elegida, el pronunciamiento sobre su corrección racional, depende del ejercicio argumentativo construido por el intérprete.

24. Que los tribunales producen derecho es un hecho aceptado en la filosofía del derecho. Positivistas como Kelsen⁴⁰, Hart⁴¹ y Raz⁴² coinciden en esto. Y naturalistas como Fuller diferencian los órganos de producción jurídica por un aspecto formal: la "dimensión institucional". Entre un objetivo político y una pretensión procesal no existe principalmente una diferencia material. La diferencia es institucional. Sólo los tribunales producen derecho enmarcados dentro de un procedimiento que los vincula a las pretensiones de las partes, las reglas de la prueba, los plazos de resolución, etc⁴³. En tanto órganos de producción, los tribunales se diferencian de las legislaturas por su forma de operar. Lo que define a la decisión judicial es la dimensión institucional del órgano que la produce⁴⁴. Una de las características de esa dimensión es la falta de iniciativa para resolver. Los tribunales sólo producen derecho *ex parte*. Ya en 1900, en esto último decía Jellinek que estribaba la diferencia entre los poderes normativos de la judicatura y los del ejecutivo⁴⁵.

En este sentido, las conclusiones de Kennedy son aventuradas: "tan pronto como se entiende la aplicación del derecho como interpretación, amenazamos con desestabilizar la estructura liberal que distingue tribunales de legislaturas, el derecho de la política y el Estado de Derecho de la tiranía"⁴⁶. Nada de esto es cierto. La decisión política se caracteriza porque es racionalmente argumentable a partir de los fines que persigue. Por consiguiente, la opción entre alternativas políticas se basa en las consecuencias que previsiblemente van a tener los medios escogidos para alcanzar el fin que se invoca como fundamento de la decisión. La decisión judicial se basa en un modelo argumental distinto. Más allá de su estabilidad formal, aquí las decisiones sólo pueden estar justificadas si es que (1) sus argumentos son de derecho positivo, y (2) si es que esos argumentos gozan, cuando menos, de un grado aceptable de corrección racional.

40 KELSEN, Hans; *Introduction to the Problems of Legal Theory, a Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1ª reimpression, Nueva York, Clarendon Press, 2002), p. 83.

41 HART, H.L.A.; *The Concept of Law* (2ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1994), pp. 12 y 273.

42 RAZ, Joseph; *The Authority of Law, Essays on Law and Morality* (1ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1983), pp. 182 y 207.

43 Para Capelleti lo que caracteriza a los tribunales no es su "pasividad sustancial" (creativa), sino su "pasividad procesal": la conexión de la actividad decisional con las reglas del proceso (cf. CAPELLETI, Mauro; *The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis*, 54 Southern California Law Review, 1980, p. 409).

44 Cf. FULLER, Lon; *The Forms and Limits of Adjudication* (92 Harvard Law Review, 1978), pp. 356-369.

45 JELLINEK, Georg; *Teoría general del Estado* (2ª edición, 1ª reimpression, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002), p. 547.

46 KENNEDY, Duncan; *A Critique of Adjudication* (1ª edición, Cambridge, Harvard University Press, 1997), p. 37.

2. Justificación de las decisiones judiciales

25. Desde el punto de vista del observador, la aceptación de una decisión es un pronunciamiento sobre su corrección racional. Hay corrección racional cuando las decisiones son justificables por su universalidad, su coherencia y su consecuencia con los valores del sistema. La justificación de las decisiones judiciales es una exigencia del Estado de Derecho, no un elemento lógico del sistema jurídico. Sólo en el Estado de Derecho se considera que una decisión no está suficientemente justificada por el solo hecho de haber sido dictada por una autoridad competente (determinismo metodológico). Aquí, a la estabilidad formal de las decisiones, debe agregársele la corrección racional de su justificación. Fundamentar una decisión judicial no es exponerla (labor descriptiva), sino justificarla. Esto es, dar razones que sostengan la corrección racional de la decisión adoptada. La justificación conlleva formular juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el derecho y los hechos del caso. De esto se desprende, como regla natural, que la argumentación será más compleja cuanto más complejos sean los casos. Tratándose de la justicia constitucional, la labor argumentativa arrastra las complejidades propias de (1) resolver en el marco de la indeterminación característica de las constituciones, y (2) decidir autoritativamente sobre el significado jurídico de la constitución. Con esto, en cada decisión constitucional los tribunales tienen en sus manos todo el Estado de Derecho.

26. La justificación significa control democrático por dos razones.

(1) Porque es la precondition de toda segunda instancia y de toda vía recursiva. Aquí los afectados accionan fundándose en la justificación de la decisión objetada. Piden que un órgano autorizado para enjuiciar los actos de otro se pronuncie al respecto. Se trata del sistema de frenos y contrapesos aplicado *intra organum* y promovido como contenido de una pretensión procesal. Constituye el derecho a obtener una sentencia fundada, que nace de la tutela judicial efectiva y del debido proceso (artículo 115 de la Constitución), cuestión en la que el Tribunal Constitucional arrastra una consolidada tradición garantista. Ya estaba suficientemente afirmado en la jurisprudencia (1) la relación entre motivación, debido proceso y tutela judicial efectiva, (2) que el cumplimiento de la exigencia de motivar se medía por su cometido constitucionalmente asignado de proporcionar conocimiento material efectivo sobre las razones de la decisión, y (3) que la carencia de motivación significaba comisión de acto arbitrario⁴⁷. Esto no ha variado⁴⁸. La reafirmación de la jurisprudencia ha llevado (1) a enfatizar la mayor importancia que tiene la motivación cuando se está ante un tribunal de cierre⁴⁹ y (2) a determinar el contenido esencial del derecho a obtener

47 Por todas, STC 1163/2006-RAC (20 de noviembre, párrafo III.2) y STC 937/2006-RAC (25 de septiembre, párrafo III.3.1).

48 Por todas, STC 2212/2010-AAC (19 de noviembre, párrafo III.3) y STC 275/2012-AAC (4 de junio, párrafo III.2.1).

49 STC 2210/2012-AAC (8 de noviembre, párrafo III.1).

una sentencia fundada, a partir del **telos** propio de la justificación de las decisiones en el Estado de Derecho. Con esto, la motivación ha adquirido corporeidad propia, que redundará en su garantía. Como su autonomía normativa viene de los fines que debe cumplir, para el respeto de su contenido esencial las decisiones deben (1) expresar el sometimiento manifiesto a la Constitución y al derecho ordinario en general, (2) convencer de que la decisión es expresión de justicia, razonabilidad y congruencia con lo pedido, y no fruto de la arbitrariedad, (3) garantizar la posibilidad de control de la decisión por los medios de impugnación respectivos y (4) permitir el control democrático de los tribunales⁵⁰.

(2) La justificación significa también control democrático porque es la precondition para la creación judicial del derecho. Un precedente se afirma por la fuerza de su justificación. Y se lo cambia cuando la fuerza de otra justificación articula mejor en el sistema jurídico. Acá la justificación de las decisiones judiciales es una exigencia que viene del derecho a la igualdad ante la ley (artículos 8.II y 14.III) y de la garantía de seguridad jurídica (artículo 178.I), cuestiones que el Tribunal ha sabido reivindicar como fundamentos de la creación judicial del derecho⁵¹

27. La argumentación exige una rigurosa economía del razonamiento jurídico, que por criterio de razón suficiente evite cuestiones impertinentes al asunto en cuestión. La adecuada justificación de las decisiones judiciales comienza por distinguir entre casos fáciles y difíciles.

(1) Son fáciles los casos cuyas premisas normativas y fácticas no son controversiales. Puesto que sus premisas son convencionalmente aceptadas, se producen conclusiones racionalmente aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo. Por esto, el razonamiento deductivo es suficiente para justificar la decisión. Esta es una justificación formal o de primer nivel. Aquí el silogismo de Beccaria basta⁵².

(2) Son difíciles los casos cuyas premisas no son convencionalmente aceptadas. Tratándose de sus premisas normativas, esto puede deberse a problemas de relevancia o de interpretación. Son problemas de relevancia las dudas sobre la determinación de la norma aplicable o sobre su propia existencia. Los problemas de interpretación suponen dudas sobre el significado jurídico de la norma aplicable. Tratándose de las premisas fácticas, que no sean convencionalmente aceptadas puede deberse a problemas de prueba o de calificación. Se llaman problemas de prueba a las dudas sobre la existencia de los hechos requeridos para hacer

50 STC 2221/2012-AAC (8 de noviembre, párrafo III. I).

51 STC 846/2012-AAC (20 de agosto, párrafo III.3.1).

52 BECCARIA, César; *De los delitos y de las penas* (1ª edición, Madrid, Aguilar, 1974), pp. 76, 77, 79, 81.

operativa la hipótesis de la norma. Son problemas de calificación las dudas sobre la determinación del significado jurídico de un hecho probado.

28. Desde el punto de vista de la argumentación, el razonamiento deductivo es insuficiente para justificar la decisión de un caso difícil. Aquí, a la lógica formal (justificación de primer nivel), debe sumársele criterios de razonabilidad (justificaciones de segundo nivel). De esta manera, cada premisa problemática debe justificarse en criterios que sostengan la corrección racional de la decisión tomada. Hecho esto, la justificación formal puede ejecutarse. En este sentido, el razonamiento deductivo no sólo describe los casos fáciles, sino también los difíciles. No hay caso en que la decisión judicial, desde que es aplicación del derecho, no vaya de una norma general a una particular. El problema está en determinar las premisas del silogismo; una vez justificadas, la decisión podrá describirse como un proceso deductivo.

29. Para MacCormick⁵³ los criterios de razonabilidad para la construcción de justificaciones de segundo nivel son tres:

(1) La universalidad, que no es nueva en el pensamiento jurídico: donde hay identidad de razón debe haber identidad de derecho (*ubi eadem ratio iuris, ibi eadem legis dispositio*). Supone dar el mismo tratamiento a todos los casos cuyas premisas sean las mismas, y tratar de modo distinto a los que tengan premisas diferentes. Implícitamente, este es el razonamiento que ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar la obligación de una “protección constitucional reforzada de los derechos de las personas pertenecientes a sectores en condiciones de vulnerabilidad”⁵⁴. La universalidad de una decisión descansa, a su vez, en una decisión previa: la determinación de las premisas relevantes del caso y la determinación de las premisas relevantes de los casos con los que será confrontado.

(2) La coherencia, que cuando se refiere a las premisas normativas significa que la justificación no es antinómica con las normas del sistema jurídico, o inconsistente con los valores implícitos que lo unifican. Consecuencia práctica inmediata de esto es la revisión de la legalidad ordinaria en vía de amparo, cuando la “labor interpretativa resultare insuficientemente motivada, arbitraria, incongruente, absurda e ilógica o con error evidente”⁵⁵. Cuando se refiere a las premisas fácticas, la coherencia significa que la prueba y calificación de los hechos debe estar en conformidad con las leyes científicas aplicables y con los datos convencionalmente aceptados por la experiencia. Acá, la consecuencia práctica inmediata es la revisión constitucional de

53 Cf. MACCORMICK, Neil; *Legal Reasoning and Legal Theory* (1ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1978). En la bibliografía nacional puede consultarse TALAVERA, Pedro; *Interpretación, integración y argumentación jurídica* (1ª edición, Santa Cruz, El País, 2008), pp. 205-269.

54 En cita en nota al pie 51, párrafo III. I.

55 STC 832/2012-AAC (20 de agosto, párrafo III.4).

la valoración de la prueba, cuando “exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir”⁵⁶.

(3) La consecuencia, que conlleva considerar las consecuencias de la decisión según los valores adoptados por el sistema jurídico. La decisión cuyas consecuencias mejor sirvan a estos valores estará mejor justificada. Su fuerza justificatoria está en relación directa con los objetivos sociales que persigue el sistema. Por tanto, las justificaciones de consecuencia son adecuadas si contribuyen con tales objetivos. Ya esto ha venido haciéndose cerca de una década atrás, desde que el Tribunal Constitucional explicitó la aplicación directa de los principios y valores superiores del ordenamiento⁵⁷. Este ha sido el razonamiento detrás de la decisión de permitir que en los supuestos de tutela por medidas de hecho se flexibilicen las reglas de legitimación pasiva, cuando quien acude en amparo no pueda identificar a sus demandados⁵⁸. De no permitirse esta excepción, el ordenamiento estaría trabajando a favor de su propia ruptura, premiando con la imposibilidad de ser demandado a quien lo quebranta por un acto de fuerza patente, beneficiándolo así con su propio ilícito.

30. Necesitándose justificaciones de segundo nivel, decidir un caso difícil en base a una justificación de primer nivel es abusar de la deducción. La decisión descansaría en un razonamiento formalista, una degeneración del pensamiento formal. El formalismo es el error de no darse cuenta que la decisión necesita de justificaciones de segundo nivel. Es el caso del juez que ignora que está ante una laguna y que le corresponde su integración, o que ignora que está ante una antinomia y que su decisión debe eliminarla. Como efecto, el formalismo corre en contra de la aceptación racional de la decisión.

Y, al contrario, decidir un caso fácil en base a una justificación de segundo nivel es caer en un error sustantivista. Éste es una degeneración del pensamiento sustantivo (material). El error consiste en no darse cuenta que el razonamiento deductivo es suficiente para justificar la decisión⁵⁹.

3. *Carácter normativo de los precedentes constitucionales*

31. La unidad del sistema jurídico exige que los precedentes constitucionales gocen de preeminencia sobre el derecho ordinario. La razón: su órgano productor es el único autorizado por el sistema para pronunciarse autoritativamente sobre la Constitución (artículo 196). Esto es consecuencia de que el custodio de la

56 En cita en nota al pie 55, párrafo III.5.

57 STC 1846/2004-RAC (30 de noviembre, párrafo III.2).

58 STC 1478/2012-AAC (24 de septiembre, párrafo III.1.2).

59 Las definiciones de formalismo y sustantivismo son de ATIYAH, PS. - SUMMERS, Robert S.; *Form and Substance in Anglo-American Law* (1ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1987), p. 28.

Constitución sea un tribunal, un órgano cuyas decisiones son jurídicamente incontrovertibles. La naturaleza de sus decisiones hace del Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución, el único órgano capaz de determinar autoritativamente su significado. Con esto, la supremacía normativa se predica de la Constitución tal como resulta interpretada por su custodio.

32. En los sistemas jurídicos de tradición civil, de cotidiano el papel del juez se considera más restringido y modesto que el papel que sus pares desempeñan en los sistemas jurídicos de derecho común (*common law*). Esta diferencia se debe a los efectos que se atribuyen a los precedentes judiciales. En los sistemas de derecho común los jueces tienen la obligación de resolver casos similares conforme a sus propias decisiones, las decisiones de sus pares o las de sus superiores (*stare decisis*). En cambio, en la tradición civil el carácter normativo de los precedentes es resistido o ignorado por los operadores jurídicos. Esta resistencia se explica por lo siguiente:

(1) La influencia de la Revolución Francesa, que llevó la división de poderes al equívoco de asumir que sólo el cuerpo legislativo creaba derecho. Hasta tiempos prerrevolucionarios los jueces continentales actuaban de manera similar a sus colegas ingleses, desarrollando un cuerpo de normas de derecho común y su propia doctrina del precedente. Esto fue interrumpido por la Revolución, que reclamaba el monopolio en la producción jurídica para poder consolidar sus reformas por medio del derecho. Así se aseguraba de antemano que la judicatura acompañase el proceso revolucionario jurizado por la Asamblea Nacional⁶⁰. La dramática separación conceptual entre creación y aplicación del derecho respondía a la necesidad ideológica de legitimación del poder público. La imagen de una autoridad creando derecho pero no derivando su poder directamente del pueblo soberano rompía con el entendimiento revolucionario de la división de poderes.

(2) La ideología de la codificación, que, como producto del naturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, creyó haber encontrado unas leyes universales llamadas a regir el comportamiento humano. Esto degeneró en la exageración de la importancia de los códigos y del derecho de fuente legislativa en general, como si fueran los depositarios de todo el derecho.

(3) El predominio de la Escuela de la Exégesis, que, como consecuencia de los dos puntos anteriores, describió al juez como un puro aplicador mecánico de las leyes. Por un lado, no podía participar en el proceso de creación del derecho, porque esa labor le correspondía a la legislatura. Y, por otro, la interpretación e integración del derecho, como fuentes tradicionales de su poder normativo, ya no tenían razón

60 Cf. MERRYMAN, John Henry; *La tradición jurídica romano-canónica* (8ª reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2003), pp. 47-59, 72-80.

de ser: el alto grado de perfección supuestamente alcanzado por los códigos las hacía innecesarias.

33. Ninguna de estas razones es de derecho positivo. Y en el sistema de derecho vigente no hay norma que prohíba a los precedentes judiciales su efecto vinculante. Al contrario, como la unidad del sistema jurídico presupone la unidad de su norma fundacional, siempre que la norma fundacional de un sistema, además de establecer las formas de creación de nuevo derecho, tenga un contenido material, el que fuera, el respeto al precedente será un elemento de dicho sistema. Que los casos similares sean decididos de modo similar importa mantener tal unidad. En este sentido, (1) la Constitución no sólo es una norma dotada de contenido, sino que (2) parte de ese contenido consiste en la igualdad de las personas ante la ley (artículos 8.II y 14.III) y en la garantía de seguridad jurídica⁶¹ (artículo 178.I). (3) Esto significa que ante todos los hechos "A" el derecho debe ser "B" (se entiende que "A" supone la identidad fáctica del supuesto y sus circunstancias). (4) En consecuencia, de la propia Constitución nace el respeto a los precedentes, en sus respectivas materias, del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental. (5) A contrario, si ante los hechos "A" el derecho no fuera "B", sino indistintamente "C", "D" o "E", entonces no habría igualdad ante la ley ni tampoco habría garantía de seguridad jurídica.

34. En un inicio el Tribunal Constitucional no tuvo esto en claro. Su argumento para fundar la obligatoriedad de sus precedentes tomaba apoyatura en su Ley de organización, sin advertir lo denigrante de tal razonamiento para la supremacía constitucional. Si para ser vinculantes los precedentes necesitan de una ley, entonces sería la ley la fuente suprema del ordenamiento y no la Constitución⁶². Pero esto ha sido enmendado por el propio Tribunal. Sus últimos desarrollos en la materia atribuyen al derecho a la igualdad y a la garantía de seguridad jurídica la vinculatoriedad de sus precedentes⁶³, no obstante los reproches que puedan hacerse por no haberse detenido a interpretar el artículo 203 de la Constitución, que, al decir "las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio", se está refiriendo a dos cosas distintas con efectos jurídicos propios cada una, cuyas respectivas relaciones de correspondencia quedan veladas en el texto por no llevar escrito, después de la coma, la palabra "respectivamente", que es la que con propiedad identifica las relaciones de correspondencia entre los miembros de una serie. Reconstruido a partir de su solo texto, el artículo 203 está diciendo que "las decisiones (...) son de carácter vinculante" y que "las sentencias (...) son de cumplimiento obligatorio".

61 En un sentido formal, la exigencia de seguridad jurídica es ínsita a todo sistema jurídico. Ella supone la realización de su premisa conceptual formal por excelencia, a saber, el cumplimiento de sus normas.

62 STC 1781/2004-RAC, 16 de noviembre, párrafo III.1).

63 En cita en nota al pie 51.

Con lo cual, del mismo texto nace la vinculatoriedad general de los precedentes, referidos en el artículo como “decisiones” en alusión a razones de la decisión, y nace también el carácter obligatorio de la parte dispositiva de las sentencias.

35. El precedente no es el íntegro del texto de la sentencia ni únicamente su parte resolutive. Es, con un criterio de razón suficiente, el derecho declarado aplicable a las hipótesis necesarias para justificar la decisión, lo que alguna vez, invitando a la confusión con la analogía como mecanismo de integración del derecho, el Tribunal Constitucional dio en llamar analogía fáctica⁶⁴. No hacen parte del precedente las cuestiones incidentales, como referencias doctrinales, citas de derecho comparado, mención a disposiciones jurídicas aplicables al asunto pero no decisivas para su resolución, o los hechos que, aunque considerados, no son determinantes para justificar la decisión final; todo lo cual se conoce como *dicta*, que no importa jurisprudencia. Al respecto, dice Goodhart que el precedente se encuentra “tomando los hechos considerados por el juez y su decisión en tanto que basada en ellos”⁶⁵.

36. El Tribunal Constitucional indujo a confusión respecto al valor jurídico de sus precedentes. Los definió con una contradicción en los términos: “como la doctrina constitucional boliviana creada a través de la interpretación constitucional [con] fuerza vinculante”⁶⁶. Esta es la contradicción: si es doctrina entonces no tiene fuerza vinculante, que es el valor jurídico que corresponde a los precedentes en tanto que normas jurídicas. El Tribunal confundía las normas jurídicas con el documento que las contiene. Por ello que equiparase sus precedentes a la doctrina. El precedente es una norma jurídica contenida en un documento llamado sentencia. Éste, además del precedente, acoge los *dicta*. Y éstos, como la doctrina en general, no tienen fuerza vinculante. Sólo pueden ser invocados en futuros casos a título de referencia. Esto es lo que los diferencia de los precedentes.

37. Pero todas estas y otras imprecisiones en el uso del lenguaje ya han sido resueltas por la STC 846/2012-AAC (20 de agosto, párrafo III.3). Acá el Tribunal (1) afirmó el valor de la jurisprudencia como fuente directa del derecho, (2) fundó su fuerza vinculante en la igualdad y en la seguridad jurídica, (3) reconoció la importancia de los precedentes para la unidad y coherencia del ordenamiento, (4) recordó que los cambios jurisprudenciales deben estar fundados en interpretaciones que acomoden mejor con la Constitución, (5) diferenció entre precedente y *dicta*, (6) afirmó la aplicación inmediata en el tiempo de la jurisprudencia, (7) introdujo el concepto de *prospective overrule*, y (8) hizo pedagogía acerca de la aplicación e invocación de los precedentes.

64 AC 004/2005-ECA (16 de febrero, párrafo II.1).

65 GOODHART, Arthur L.; *Determining the Ratio Decidendi of a Case* (40 Yale Law Journal, 1930), p. 182.

66 En cita en nota al pie 62.

38. Queda aún a la jurisprudencia casar el respeto al precedente con la independencia judicial. La precondition para que el órgano judicial sea verdaderamente inmune a las presiones es que exista con la dignidad de un auténtico poder del Estado ante los ojos del ciudadano. A ello contribuye el carácter vinculante de sus decisiones.

(1) En efecto, la unidad de la jurisprudencia beneficia al ciudadano, por redundar en certeza y previsibilidad respecto de las decisiones de los poderes públicos, incluyendo las judiciales. Por esto, Llewellyn dice que “aún cuando los predecesores hubiesen sido malos, ignorantes, tontos o parcializados, la certeza de que sus sucesores seguirán sus precedentes da la base para que se pueda prever las acciones de los tribunales”⁶⁷.

(2) Las garantías del ciudadano penden del supuesto de que el poder frene al poder. Como esto supone la eficacia del derecho como sistema de seguridad, es preferible que la interpretación autoritativa de la Constitución y las leyes sea vinculante, a que no lo sea. El decisor que basa sus acciones en normas está adelantando sus futuras decisiones, lo que satisface a un principio general de consistencia, que hace a la necesidad misma de seguridad jurídica.

(3) El tema también envuelve la cuestión de la unidad del sistema jurídico. Al conllevar la realización de sus premisas conceptuales mismas, la unidad redunda en la eficacia del sistema. Y la premisa por excelencia de cualquier sistema normativo es que la sola existencia de normas de aplicación cierta ya supone limitar la arbitrariedad.

4. Interpretación de la Constitución

39. Las reglas de interpretación positivadas son meta normas (fuentes). Ellas, al reglar la reconstrucción interpretativa de las disposiciones jurídicas, están sujetando sus condiciones de validez al criterio de interpretación positivado por la regla. Esto es lo que ocurre con el artículo 196.II de la Constitución, que es por su naturaleza una cláusula de interpretación: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

40. El artículo no dice que preferirá un criterio al otro, sino que preferirá ambos: “con preferencia” uno “así como” el otro, que es lo mismo que “con preferencia” uno “y” el otro. La determinación de su significado jurídico es más compleja que la lectura de su texto. Si ambos criterios deben aplicarse “con preferencia”, entonces otros criterios también pueden aplicarse, pero sin tal carácter preferente. Por su contenido, “con preferencia” no es una prohibición, sino un permiso: autoriza a

67 LLEWELLYN, Karl; *The Bramble Bush* (reimpresión, Nueva York, Oceana/Oxford University Press, 1961), p. 65.

servirse de otros criterios, frente a los cuales tienen preferencia los mencionados en la cláusula, como lo ha leído correctamente el Código Procesal Constitucional, al decir que “podrá” aplicarse también los métodos sistemático y teleológico (artículo 2.II.1). Por tanto, por su propio texto, la cláusula de interpretación no confina a la aplicación de sus criterios, sino que obliga al Tribunal a justificar su inaplicación, cuando existan razones excluyentes para hacerlo (razones que justifiquen que, a pesar de inaplicarlos, no está incumpliendo la Constitución)⁶⁸. Hasta aquí se extiende su sentido normativo.

41. Tales razones excluyentes pueden ser las siguientes:

(1) El agotamiento de los criterios impuestos por la cláusula de interpretación. No puede acudirse a la “voluntad del constituyente” cuando sus “documentos, actas y resoluciones” simplemente no se pronuncian sobre la disposición en análisis; o, pronunciándose, su interpretación no conduzca a ningún resultado o conduzca a varios resultados posibles. Tampoco puede acudirse al “tenor literal del texto” cuando el texto lleve al mismo tipo de resultados (o ninguno o varios posibles). Cada criterio está limitado por las propias razones que lo justifican como tal. No hay criterio que no pueda sucumbir por agotamiento interno. Ningún criterio de interpretación está libre de no conducir a ningún resultado, como tampoco está libre de conducir a varios resultados posibles. Para lo primero, recurrir a un criterio distinto será materia obligada. Para lo segundo, el concurso de interpretaciones posibles sólo podrá ser resuelto con un criterio distinto al que lo originó. Cuando un criterio sucumbe por agotamiento interno, son sus propias limitaciones las que devuelven al intérprete la plenitud de su libertad hermenéutica. Y es por ello que tal agotamiento constituye una razón excluyente material. En este caso es la propia materia o contenido del criterio lo que excluye la posibilidad de aplicarlo.

(2) El quebrantamiento de la unidad de la Constitución. El sistema jurídico forma una unidad en la medida que la validez de la pluralidad de sus normas puede ser reconducida hacia una única norma mayor como fuente universal de validez. Para que un sistema jurídico forme una unidad, la norma que le provee validez debe también formar una unidad: lo que se traduce en que el seno de la Constitución no puede albergar antinomias (principio de unidad de la constitución). Por tanto, con cláusula de interpretación o sin ella, una interpretación constitucional posible es aquella que se justifica en la unidad de la Constitución. A contrario: debe rechazarse aquella interpretación que quiebre la unidad del sistema, aún cuando fundada en la “voluntad del constituyente” o el “tenor literal del texto”.

(3) La alteración en la distribución de competencias. Al fundar un sistema jurídico, la Constitución establece su estructura formal, de la que son consecuencia

68 El concepto de “razones excluyentes para la acción” es de Raz (cf. Raz, Joseph; *Practical Reason and Norms*, reimpresión, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 35 y ss).

las relaciones entre sus fuentes del derecho y las relaciones de competencia entre los órganos constitucionales. También será una interpretación posible cualquiera que se justifique en la estructura constitucional del sistema de competencias, debiendo inaplicarse la “voluntad del constituyente” o el “tenor literal del texto” cuando los resultados que presenten sean contrarios a la distribución constitucional de competencias (principio de corrección funcional), por el riesgo que conlleva para el sistema de frenos y contrapesos como garantía de los derechos.

42. Que justificar la aplicación o inaplicación de la cláusula de interpretación complica la labor del Tribunal, es un hecho: es el costo de haber direccionado desde la Constitución su capacidad interpretativa. Pero, que es eso lo que le toca hacer, es también un hecho: del custodio de la Constitución no se espera que la custodie incumpléndola. Y que es esto lo que hasta el momento no ha efectuado, es otro hecho:

(1) En unos pocos casos, el Tribunal ha dicho inaplicar el artículo 196.II con la cobertura del artículo 256.II⁶⁹, que no es alternativa al primero, sino expresión de la vocación existencial de la Constitución: garantizar el ejercicio de los derechos, de lo que el artículo 196.II es tan sólo instrumento. Más allá del lenguaje, el acto interpretativo, como tal, es metodológicamente correcto, porque tiene apoyatura en la relación de medios a fines que vincula a ambos artículos.

(2) En menos casos aún, los disidentes con la mayoría han justificado sus votos en la insuficiencia de la cláusula de interpretación⁷⁰. La diferencia con el supuesto anterior es solamente retórica. También aquí aplican el artículo 256.II, aunque sin citarlo. Aunque lacónico, en estos casos hay un intento de excluir la cláusula de interpretación con pie en el agotamiento de sus criterios. Por tanto, también aquí el acto interpretativo en sí mismo, velado por el texto, es acertado.

(3) Pero, en la mayoría de los casos, la cláusula de interpretación simplemente ha sido pasada de largo: el Tribunal no justifica que sus decisiones estén fundamentadas en sus criterios, ni justifica tampoco que se fundamenten en otros. Su silencio al respecto no significa necesariamente que la cláusula esté siendo rebasada: aunque no mencionado, el criterio efectivamente aplicado puede ser uno de los de la cláusula o, como en los casos señalados, el rodeo justificativo del Tribunal puede ocultar un acto interpretativo metodológicamente correcto, no obstante la literalidad de su fundamentación. Pero dicho silencio sí significa insuficiencia de motivación. Si la Constitución ha preferido unos criterios de interpretación por encima de los demás, para cumplir con el derecho a una sentencia fundada, habrá que comenzar por justificar el criterio de interpretación utilizado.

69 Por todas, STC 773/2011 I-AAC (20 de mayo, párrafo III.1).

70 Por todos, voto disidente a la STC 270/2011 I-AAC (29 de marzo, párrafo 2), seguido por el voto disidente a la STC 547/2011 I-AAC (29 de abril, párrafo 2), y por el voto disidente a la STC 680/2011 I-AAC (16 de mayo, párrafo 2).

EL REBUS SIC STANTIBUS EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 30-49



Eduardo
RODRIGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de noviembre de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 17 de noviembre de 2012

RESUMEN: Luego de ser olvidada en el siglo XIX la doctrina del rebus sic stantibus fue rescatada a inicios del siglo XX, cuando se hizo necesario restablecer el equilibrio inicial de un contrato que se hubiera alterado por la ocurrencia de eventos imprevistos. Actualmente está consagrada en diversos ordenamientos jurídicos y goza de una aceptación general en el comercio internacional, donde se la considera como un principio de derecho y parte de la lex mercatoria, y es de mucha utilidad, sobre todo cuando se contrata con nacionales de países jurídica y políticamente inestables, donde hay mayor riesgo de que ocurran eventos imprevistos que alteren las obligaciones del contrato.

PALABRAS CLAVE: Buena fe, contrato comercial internacional, lex mercatoria, pacta sunt servanda, principios generales de derecho, rebus sic stantibus.

ABSTRACT: After being forgotten in the 19th century, the rebus sic stantibus doctrine was rescued during the 20th century, when it became necessary to restore the contract's balance when it suffered alterations because of unforeseen events. At the present time, rebus sic stantibus is enforced on plenty national systems of law and in international commerce law, where it is considered a general principle of law and a part of lex mercatoria. Also, it is very useful when it is applied in contracts dealing with politically unstable countries with weak legal systems, on which it is more likely that the occurrence of these unforeseen events will disturb the contract obligations.

KEY WORDS: Good faith, international commercial contract, lex mercatoria, pacta sunt servanda, general principles of law, rebus sic stantibus.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. EL REBUS SIC STANTIBUS. Evolución. Definición. Elementos: requisitos de procedencia. Efectos. EL REBUS SIC STANTIBUS EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. Ley que rige el contrato internacional. El Rebus Sic Stantibus previsto en el contrato en ejercicio de la autonomía contractual. El Rebus Sic Stantibus contenido en la ley elegida por las partes. El Rebus Sic Stantibus contenido en la Lex Mercatoria. Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Ley aplicable en defecto de elección. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA. Libros. Material consultado en Internet. Índice.

INTRODUCCIÓN

La globalización es un proceso indetenible e intrínseco al desarrollo de la vida moderna, una realidad ineludible que todo comerciante debe considerar. Debido a la expansión de los mercados que ella conlleva, los comerciantes deben manejarse en sistemas jurídicos extranjeros, y mientras más compleja sea la operación realizada, es más probable que ocurran imprevistos. Por ello es importante contar con una normativa internacional que sistematice, regule y facilite la celebración del comercio internacional.

Las obligaciones asumidas en los contratos internacionales parten del principio de *pacta sunt servanda*, que ofrece garantías de seguridad para el desarrollo del comercio internacional. Sin embargo, puede suceder que el cumplimiento de las obligaciones previstas en dichos contratos tal cual como fueron pactadas inicialmente, puede resultar injusto o perjudicial para alguna de las partes, a pesar de que al momento de obligarse no fuera así, debido al acaecimiento de situaciones que desproporcionan el equilibrio inicial del contrato.

Esta situación ha sido estudiada a lo largo de los años, gracias a lo cual se desarrolló el principio controversial del *rebus sic stantibus* como mecanismo para restablecer el equilibrio contractual, que se suele invocarse como una excepción al *pacta sunt servanda*.

Este principio que a lo largo de la historia no ha gozado de la aceptación unánime de la comunidad internacional, a inicios de este siglo ha sido rescatado del ostracismo al cual estaba sometido y hoy es aceptado por varias legislaciones y el comercio internacional.

• Eduardo Rodriguez

Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (2002), y Especialista en "Derecho Internacional Económico y de la Integración" de la Universidad Central de Venezuela (2010). Participante en la "Cátedra Garrigues de Derecho Global" de la Universidad de Pamplona, Navarra, España (2008). Actualmente es profesor de la mencionada Especialización, profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Metropolitana, y socio fundador del escritorio jurídico Quirón Consultores Jurídicos.

EL REBUS SIC STANTIBUS

Evolución

El origen del *rebus sic stantibus* se atribuye a los canonistas de la edad media, quienes partiendo de los tenues avances realizados por los glosadores y tratadistas romanos, fueron dándole cuerpo a esta doctrina a través de su jurisprudencia. Los primeros aportes a su configuración son obra de tratadistas latinos como Cicerón¹ y Séneca² quienes plantearon el germen del *rebus sic stantibus* por razones morales, sin que ésta doctrina llegara nunca a ser reconocido en dicho ordenamiento.

Luego de cierto desarrollo fruto de los comentarios que los glosadores hicieron de las obras latinas, los juristas canónicos configuraron la doctrina inspirados por la filosofía escolástica³, siendo en el *Decretum Gratiani* (1140-1142), donde se recoge el primer indicio del *rebus sic stantibus* en las obras canonistas⁴.

El desarrollo de la cláusula continuó evolucionando y gozando de la acogida de autores canónicos, quienes rechazaban un deber de fidelidad ilimitado ante lo que es ilícito o inmoral "*de ahí que se concluya que tanto desde el punto de vista de la moral como del derecho, el deber de cumplir lo prometido subsiste mientras el estado de las cosas no haya cambiado (si cum omnia eadem sit)*"⁵

- 1 Cicerón ya preveía ciertas excepciones al *pacta sunt servanda* aludiendo a sus principios de justicia. En su tratado *De officiis*, señaló que "el dar la palabra, el cumplir lo prometido, el entregar los préstamos una vez cambiada la utilidad se convierten en cosas no honestas", agregando que: "luego, alguna vez no hay que hacer promesas, ni siempre se han de devolver los préstamos; por ejemplo: si se ha depositado una espada, ésta no deberá ser devuelta al deponente que se ha vuelto loco, ni deberá ser devuelto el dinero depositado a quien ahora hace la guerra contra su patria". Ver Terraza Martorell (1951)
- 2 Séneca, en su obra *De beneficiis*, se manifiesta de igual forma y señala que es una locura mantenerse obligado a lo que se comprometiera con error *demens est, qui fides praestat errores*. Afirma que: "tan pronto como quebrante mi palabra entonces será tachado de inconstante, siempre que quedando todas las cosas de la misma manera que cuando di mi palabra, no la mantenga. Por el contrario todo lo que cambia, me da la libertad de consultar de nuevo y me desliga de la palabra dada..." y añade "Todas las cosas deben quedar igual como estaban al dar la palabra para que cumplas la palabra prometida; si por ejemplo, yo te prometo mi asistencia legal y después resulta que la acción que tu quieres intentar es dirigida contra mi padre; si yo prometo acompañar a alguien en un viaje y posteriormente llega la noticia que los ladrones hacen inseguro el camino; ... en todos estos casos el officium no me obliga a mantener la palabra que he dado". Ver Terraza Martorell (1951)
- 3 Santo Tomás de Aquino señala en la *Summa Theologica* "Pues como Séneca dice, para que uno esté obligado a cumplir lo que prometió se requiere que nada se haya cambiado: por el contrario ni mintió al prometer, porque prometió lo que tenía en la mente supuestas las condiciones debidas; ni tampoco falta a la palabra no cumpliendo lo que prometió, ya que no persisten las mismas condiciones. Por consiguiente el Apóstol tampoco mintió, al no ir a Corinto adonde había prometido ir, como se dice en la II Carta a los Corintios, debido a los impedimentos que se sobrevinieron". Ver Terraza Martorell (1951)
- 4 Señala el *Decretum Gratiani* "lo que no tiene un doble cariz no se debe llamar mentira, verbigracia: como si se confía a uno un puñal y promete devolverlo al pedirlo el que se lo entregó, si enfurecido el dueño exige su puñal está claro que no se lo han de devolver, no sea que se mate él o asesine a otro, hasta que haya recobrado la serenidad. Éste por tanto no es el mentiroso, porque aquel a quien confió el puñal cuando prometía que se lo entregaría si lo pedía, no creía que se lo podía pedir enfurecido. Se ve claramente que no es culpable". Ver Terraza Martorell (1951)
- 5 Al respecto, señala De Castro (1969) "La promesa está hecha *subintelectis debitis conditionibus* de modo, que si éstas no se han dado o si cambian esencialmente, no se cometerá infidelidad, ya que *eadem conditiones non extant*".

La cláusula es aceptada definitivamente en la doctrina gracias a Baldo Degli Ubaldi, el primer canonista que señala un texto del *Digesto* que contempla la afectación de la promesa producto de las alteraciones de hecho y admite la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento de la contraprestación. A partir de este señalamiento los demás autores aceptaron la cláusula y ésta pasó a recopilarse en los comentarios al *digesto* y aplicarse a las recopilaciones de los concilios.

Comenzó a dársele un uso general para diversas áreas del derecho, debido en gran parte a su indeterminación, y a sobreentenderla cuando no estuviera expresa clausula *rebus sic stantibus semper intelligitur in contractibus*. Esto ocasionó el deterioro del compromiso obligacional y suscitó críticas al respecto, entre las que destaca la de Ciato (1482-1550) quien hizo un extenso análisis de la cláusula pretendiendo precisarla. No obstante se generó una doctrina dominante compartida por los civilistas y canonistas que definía la doctrina como “*todo acto de última voluntad, disposición, privilegio, cualquier contrato, aunque sea bajo juramento, se ha de entender siempre bajo la condición tácita o con la implícita cláusula rebús sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus*” (De Castro, 1967)

En la edad media la cláusula fue extendiéndose a lo largo de Europa. El jurista holandés Hugo Grocio aceptó la cláusula bajo una interpretación restrictiva, conjugando así dos intereses en pugna: la no desnaturalización del contrato que ocurre con un uso excesivo de la cláusula y la consiguiente afectación del comercio, y la inconveniencia de un exceso de rigidez en los compromisos asumidos en los tiempos de constantes guerras y piratería naval que vivió el autor.

Es a fines del siglo XVII cuando aparece el primer estudio dedicado a una construcción teórica de la cláusula. Cocceio su autor; al igual que Grocio la admite de forma restringida, y considera que ésta debe estar dispuesta en la ley, por lo que es imposible aplicarla tácitamente como hacían los canonistas.

Otros autores que destacan en su estudio son Leyser (gracias al cual se debió la inclusión de la cláusula en el código civil bávaro de 1756, cuyas obras sirvieron de fundamento), Kopp, Eberhard y Weber, quien critica duramente el uso abusivo de la cláusula, poniendo el célebre ejemplo de que el comprador de un libro puede devolverlo si luego de comprarlo se lo regalasen, y restringe la aplicación de la cláusula solamente si los hechos sobrevenidos afectan circunstancias tan esenciales a la naturaleza del contrato que hacen a las demás circunstancias irrelevantes sin la presencia de la afectada. La obra de Weber sirvió de base al código civil prusiano de 1794 que incluyó el *rebus sic stantibus*.

Sin embargo, en el transcurso del tiempo la doctrina se fue abandonando por diversas razones, como: (1) las críticas con ocasión a la inseguridad jurídica que su uso abusivo suscitaba; (2) la oposición de los partidarios del derecho natural que

defendían la obligación de cumplir lo prometido; (3) la evasión que de ella hicieron los tratadistas franceses Domat y Pothier inspirados en los principios de libertad propugnados por la ilustración y la defensa de la autonomía de la voluntad, lo que derivó en su inexistencia en el código civil napoleónico; (4) rechazo de la escuela pandectista alemana debido a que su origen era canónico y no latino.

De este abandono práctico fue rescatada por los tribunales y juristas de principios de siglo XX quienes vieron en ella un medio de restablecer la equidad y el equilibrio de prestaciones que fueron alterados por circunstancias sobrevenidas ocurridas por la primera guerra mundial (como cambios bruscos de valor de la moneda, interrupción del tránsito de las mercancías, etc.), adaptando este principio a una teoría denominada de varias formas, como la de la onerosidad excesiva, ruptura del equilibrio del contrato, dificultad sobreviniente, lesión sobreviniente o la imprevisión. Este principio también sirvió de inspiración para la teoría alemana de “la base del negocio” (Oertmann y Larenz) que conserva la esencia del **rebus sic stantibus** (restablecimiento del equilibrio de la prestaciones por variación de circunstancias sobrevenidas) por medio de una razonamiento distinto.

El término de uso común en los países latinos de América es la teoría de la imprevisión, como se le conoce Francia. Paradójicamente, este país que sólo admite la teoría en los contratos administrativos (debido al interés público que está en juego) es uno de los principales exponentes de su desarrollo y suele citarse el caso de la Compañía de Gas de Bordeaux (1916) como uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales⁶.

La cláusula trascendió la esfera civil y ahora se aplica en varias ramas del derecho. Está consagrada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 62) y también se le cita comúnmente en el derecho procesal respecto al mantenimiento de las medidas cautelares o preventivas (bien sea penal, civil, administrativa, etc.) y como vimos, en el derecho administrativo.

En la actualidad el **rebus sic stantibus** goza de notable reconocimiento. Diversos países la han consagrado en su ordenamiento jurídico (Inglaterra, Alemania, Suiza, Italia, Grecia, Holanda, Bélgica, Japón, Libia, Perú, Argentina, entre otros) y gran parte de la doctrina y jurisprudencia le da el tratamiento de principio de derecho (incluso

6 En este caso se discutía el aumento del precio fijado en el contrato de concesión, debido a la triplicación del valor de la materia prima a causa de la guerra. El Consejo de Estado considerando que la Compañía prestaba un servicio público afirmó: "...Just as the Company cannot not argue that it should not be required to bear any increase in the price ... it would be totally excessive if it is admitted that such increases are to be considered a normal business risk; on the contrary, it is necessary to find a solution that puts an end to temporary difficulties, taking into account both the general interest ... and the special conditions that do not allow the contract to operate normally ...; to this end it is necessary to decide, on the one hand, that the Company is required to provide the concession service and, on the other hand, that during this period it must bear only that part of the adverse consequences that a reasonable interpretation of the contract allows ..."

fue reconocida como tal por el Unidroit) y es reconocido como *lex mercatoria*⁷. Es universalmente aceptada en el comercio internacional, pero la jurisprudencia arbitral sólo la admite cuando está establecida en el contrato mediante una cláusula contractual (*hardship*) o porque lo permite la ley aplicable, ya que no la presume ni la deriva de una interpretación extensiva de la buena fe.

Es por ello que estudiaremos el *rebus sic stantibus* a la luz de la doctrina jurídica haciendo mención a su consagración en los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales en su última versión (2010, aunque su consagración es idéntica a la versión anterior), ya que como veremos, éstos cristalizan la práctica comercial internacional y la *lex mercatoria*.

Definición

El *rebus sic stantibus* es una doctrina que permite la modificación de las prestaciones obligacionales de un contrato o la resolución del mismo debido a ocurrencia de un suceso imprevisible y sobrevenido al perfeccionamiento, que modifique en tal magnitud las condiciones en que se contrató que el cumplimiento del contrato como fue inicialmente acordado resultaría sumamente oneroso a una de las partes⁸.

Pocos discuten su reconocimiento como principio general de derecho⁹ siendo que se encuentra reconocido en una gran cantidad de ordenamientos jurídicos. De hecho, en el plano internacional, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados lo consagra como excepción al *pacta sunt servanda*, aunque este hecho por sí sólo no implica su reconocimiento como principio general¹⁰. A nuestro entender, el *rebus sic stantibus* constituye una norma axiológica basada en la equidad que sirve de marco de referencia y pauta interpretativa de la ley

7 "Es una regla de la *lex mercatoria* que las prestaciones permanezcan equilibradas conforme al plan financiero" *Laudo I.C.C. (International Chamber of Commerce) N° 2291 (1975) J.D.I. 1976.*

8 Messineo define la teoría de la excesiva onerosidad, como se le conoce en Italia como la "dificultad de prestación, dependiente del hecho de que esa prestación -a consecuencia de un radical cambio de la situación- se haya hecho excesivamente onerosa (gravosa), esto es, más gravosa de lo que fuera previsible en el momento de la conclusión del contrato: *sobreveniencia contractual, o laesio superveniens, o la denominada cláusula tácita (o sobreentendida) rebus sic stantibus.*"

9 Alterini en su obra "Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship", señala: "La admisión de las virtualidades del cambio de circunstancias como determinante de la extinción o de la adecuación del contrato -mediante la teoría de la imprevisión y, más modernamente, mediante la aplicación extensiva de la cláusula de hardship- se adecua, según lo vengo sosteniendo desde hace 30 años, a un principio general del Derecho. La justicia contractual requiere que el respeto del principio *pacta sunt servanda* sea compatibilizado con el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones -como presuposición o base del negocio jurídico-, en los casos en los que el curso natural y ordinario de las cosas sale de su cauce, a veces en un tipo contractual, a veces en todos los contratos; en oportunidades como sostenida constante de una época -lo imprevisible de ayer llega a ser hasta lo previsible de hoy-; otras como explosión de un momento, como efecto de una causa temporal"

10 "The concept of changed circumstances, also referred to as *rebus sic stantibus*, has in its basic form been incorporated into so many legal systems that it may be regarded as a general principle of law; it has also found a widely recognized expression in Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties" *Questech decision, 9 Iran - US C.T.R.*, citado por Hans van Houtte.

Diversos juristas han tratado de justificar la validez de la cláusula *rebus sic stantibus* a través de la buena fe contractual cuando las legislaciones nacionales no la consagran expresamente. Esto ha suscitado críticas por la inseguridad que implica reinterpretar la voluntad de las partes añadiendo a través de la buena fe la posibilidad de modificar el contrato y vaciando así de contenido el *pacta sunt servanda*¹¹. Sin embargo, en el comercio internacional, impera el criterio que ésta puede invocarse cuando la ley aplicable al contrato lo permite.

Enfrentar el *rebus sic stantibus* con el *pacta sunt servanda* no es correcto. El *pacta sunt servanda* debe interpretarse también a la luz de la buena fe¹², como una derivación de la honestidad y lealtad en el cumplimiento de los compromisos asumidos. Ambas cláusulas son expresiones de la buena fe contractual y una interpretación aislada de cada uno de ellos nos lleva a extremos indeseados: el cumplimiento de obligaciones injustas, o el incumplimiento de obligaciones justas.

Elementos: requisitos de procedencia

La posibilidad de modificar el contrato por circunstancias sobrevenidas atenta contra la imprescindible seguridad jurídica que brinda el *pacta sunt servanda*. Es por ello que el *rebus sic stantibus* debe aplicarse bajo estrictas condiciones¹³, que responden a criterios objetivos ajenos a la voluntad o actuación de las partes (criterios subjetivos).

En primer lugar es necesario que ocurra una alteración extraordinaria. Que ocurra uno o varios hechos externos que alteren el equilibrio de las prestaciones obligacionales originalmente pactadas, de manera tal que una de ellas resulta beneficiada en exceso en la medida que la otra queda perjudicada.¹⁴ Los principios del Unidroit exigen que el equilibrio del contrato sea alterado "por el acontecimiento

11 Ripert lo expresa claramente "al dar al juez el poder de revisar el contrato conforme a la buena fe, se despierta en los contratantes esta inmensa esperanza: no estar obligados, y esta buena fe del legislador engendra la mala fe del contratante". Ver Sánchez Meda, Ramón (1973)

12 Al respecto señala Alterini "La regla de buena fe tiene la importante virtualidad de modular a la autonomía de la voluntad, como fuente heterónoma que integra y corrige la voluntad de las partes en relación al efecto vinculante del acuerdo, y en la determinación de la prestación debida". Mediante su aplicación "se pueden corregir los excesos del pacta sunt servanda"

13 "The principle 'rebus sic stantibus' is universally considered as being of strict and narrow interpretation, as a dangerous exception to the principle of sanctity of contracts. Whatever opinion or interpretation lawyers of different countries may have about the 'concept' of changed circumstances as an excuse for nonperformance, they will doubtless agree on the necessity to limit the application of the so-called 'doctrine rebus sic stantibus' (sometimes referred to as 'frustration', 'force majeure', 'imprévision', and the like) to cases where compelling reasons justify it, having regard not only to the fundamental character of the changes, but also to the particular type of the contract involved, to the requirements of fairness and equity and to all circumstances of the case." Ver Laudo Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional No. 1512, YCA 1976

14 Messineo señala que son "aquellos que alteren notablemente el llamado equilibrio contractual (sobreveniencia), determinando, precisamente, un desequilibrio en la relación entre las prestaciones y que tienen el efecto (siempre que exista entre ellas un nexo de causalidad) de hacer excesivamente gravosa una de las prestaciones."

de ciertos eventos” (artículo 6.2.2). La alteración no imposibilita el cumplimiento de la prestación, como ocurre con los supuestos eximentes de responsabilidad por incumplimiento por causa extraña no imputable, como el caso fortuito o fuerza mayor, sino que lo dificulta, ya que hace que la parte afectada deba incurrir en un esfuerzo extraordinario que no previó al momento de contratar; y que si lo hubiera previsto no hubiera celebrado el contrato.

Es razonable que esta alteración sea sobrevenida, precisamente porque si hubiera ocurrido antes de la celebración del contrato, en principio, hubiera sido conocida por las partes, o por lo menos, no hubiera sido imprevisible ni imprevista¹⁵

Esto nos lleva al tercer requisito, que el hecho sea imprevisto e imprevisible. La circunstancia sobrevenida debe ser imprevisible, esto es que no se puede prever; e imprevista, que no haya sido prevista por las partes al momento del perfeccionamiento del contrato. Por ejemplo no sería factible solicitar la resolución de un contrato de alquiler por diez años con un canon fijo en moneda nacional en un país con inflación y política devaluatoria constante. Es imprescindible que las partes no hubieran asumido dichos riesgos como propios del negocio o que **“el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”** (Principios del Unidroit, artículo 6.2.2.d)

En cuarto lugar, la alteración extraordinaria debe ocasionar un trastorno de tal magnitud en el equilibrio de las prestaciones originalmente pactadas que se genere una desproporción exorbitante entre las partes, por lo que **“una de ellas quedaría excesivamente beneficiada y la otra excesivamente perjudicada”** (Messineo, 1971) de tal forma que exigir el cumplimiento de la obligación tal cual como fue pactada resultaría injusto. Lo importante es que una de las partes se vea severamente afectada y la otra beneficiada, sin importar cuál, en tal proporción que se desequilibre suficientemente el equilibrio inicial del contrato¹⁶. Los principios del Unidroit señalan que la desproporción debe ser de tal magnitud que el **“equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental”** y alude a las formas en que dicha alteración fundamental puede presentarse **“bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido...”**. En conclusión, si la desproporción causada en

15 El artículo 6.2.2.a de los Principios del Unidroit señala que los eventos que propician la alteración **“acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato”**. Una interpretación literal de este artículo puede dejar entrever la posibilidad de que la sobrevenida no recaiga sobre el acaecimiento del hecho, sino sobre su conocimiento por parte de los contratantes, ya que plantea que los hechos que suscitan la alteración pueden haber ocurrido antes de la celebración del contrato pero siempre y cuando sean conocidos por las partes luego de su celebración. Mostramos nuestra conformidad con esta posibilidad, aún a pesar de que es prácticamente imposible tanto fáctica como probatoriamente, que la alteración haya ocurrido antes de la celebración del contrato y aún así haya sido imprevisible.

16 Como señala Riveró, Jean (1984). **“Deben provocar un trastorno en las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio del cocontratante, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever.”**

el equilibrio del contrato no es de tal magnitud, o no altera el contrato de modo fundamental, no operará la cláusula en estudio¹⁷.

Por supuesto, se entiende que si las partes disponen de otro medio para cumplir su prestación sin que suponga una excesiva onerosidad, debe hacerlo en lugar de solicitar la aplicación de la cláusula. Es imprescindible que el desequilibrio causado sea de tal magnitud que devenga en una onerosidad excesiva insalvable por otro medio, o como establecen los principios del Unidroit, que “*los eventos escapan al control de la parte en desventaja*” (artículo 6.2.2.c)

Por último la parte afectada que invoca la aplicación de la cláusula debe carecer de culpa alguna respecto al acontecimiento de la alteración extraordinaria. Adicionalmente debe haber estado cumpliendo su prestación diligentemente, incluso efectuando las actividades debidas para, dentro de lo posible, evitar los efectos de alteración extraordinaria. Esto implica que si se encontraba en mora al momento de la ocurrencia de evento extraordinario no puede eximirse del cumplimiento de la obligación porque nadie puede alegar en su favor la propia culpa.

Efectos

La finalidad de la cláusula *rebus sic stantibus* es restablecer el equilibrio de las prestaciones originalmente acordadas cuando una alteración extraordinaria genera que su cumplimiento original sea injusto. Este reajuste puede hacerse de dos maneras.

En primer lugar, atendiendo a la causa del contrato, el tipo contractual, la alteración extraordinaria y la prestación modificada, el juez puede revisar la prestación y modificarla de manera tal que la misma pueda celebrarse sin que sea injusta. Esta modificación puede ser por ejemplo la suspensión del plazo de entrega, el cambio de moneda de pago, aumento o disminución de la cantidad dineraria a pagar, etc. Debe tenerse presente que al tratarse de obligaciones que se cumplen en el transcurso del tiempo, puede ocurrir que ya haya prestaciones efectuadas (en caso de contratos de tracto sucesivo) antes del evento extraordinario que no pueden ser repetidas. Los efectos de la revisión son *ex - nunc*.

En caso de que la modificación de condiciones no sea suficiente para restablecer el equilibrio prestacional, el juez podrá optar por la resolución (cumplimiento diferido) o terminación (tracto sucesivo) del contrato. Si el contrato es de tracto sucesivo será terminado con efectos *ex - nunc*, hacia el futuro, por lo que aquellas prestaciones efectuadas antes de que ocurriera la alteración extraordinaria no

17 Al respecto señala Hans van Houtte, parafraseando diversos laudos arbitrales, que “The change in circumstance has to be fundamental. It has to jeopardize the survival of the State. Simple loss of economic gain or currency reforms are insufficient. As the International Court stated in the *Fisheries Jurisdiction* case, the changes must be vital: they have to “imperil the existence or vital development of one of the parties”. Moreover, the change in circumstances has to be unforeseeable.”

podrán ser devueltas; en cambio si el contrato es de cumplimiento instantáneo diferido en el tiempo, como la prestación aún no se ha realizado, el contrato será resuelto y se retraerá la situación jurídica al momento previo de la manifestación del consentimiento como si nunca se hubiere celebrado.

Es interesante observar que los principios del Unidroit conceden los mismos efectos que la doctrina (artículo 6.2.3.4.a y b) pero consagran una instancia de negociación previa antes de acudir al tribunal a solicitar la modificación de las condiciones o resolución (artículo 6.2.3.1, 6.2.3.2 y 6.2.3.3)¹⁸ que es propia de una cláusula contractual más que legal. En consecuencia impone la carga a la parte perjudicada de acudir sin demora justificada ante la otra y realizar un reclamo fundamentado. Como los principios no establecen ningún plazo para precisar la oportunidad del reclamo, la demora de la solicitud debe evaluarse conforme a la buena fe y lealtad negocial¹⁹ y el deber de cooperación²⁰ atendiendo a cada caso concreto. Sólo si la contraparte no acepta modificar el contrato, o se agota un tiempo prudencial para llegar al acuerdo, el perjudicado podrá acudir ante el juez competente. En este caso será el juez quien determine la aplicación de la cláusula revisando las circunstancias del caso concreto y el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad. Para establecer la excesiva onerosidad considerará los fundamentos así como la oportunidad con que actuó el solicitante, ya que es incongruente alegar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación cuando se alegó ante la contraparte de manera retardada siendo que el paso del tiempo le perjudicaba puesto que debía seguir cumpliendo las prestaciones (artículo 6.2.3.2)

EL REBUS SIC STANTIBUS EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

El contrato internacional es un acuerdo jurídico de voluntades entre dos o más personas dirigido a crear, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial que comporta obligaciones de dar, hacer o no hacer; el cual debido a la existencia de un elemento extranjero es susceptible de ser regulado al menos por dos regímenes jurídicos diferentes, corresponde determinar cómo puede aplicarse el *rebus sic stantibus* a éste.

18 Artículo 6.2.3 de los Principios del Unidroit: (1) En caso de "excesiva onerosidad" (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

19 Artículo 1.7: (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

20 Artículo 5.1.3: Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

Ley que rige el contrato internacional

Debido a su carácter internacional, el contrato es susceptible de ser regulado por varios regímenes jurídicos, que implican tanto la ley aplicable como la competencia jurisdiccional. Es importante precisar cuál es la ley aplicable para determinar si ésta consagra la teoría de la imprevisión. Para ello hay que analizar los tipos de ley aplicable: la elegida por las partes, o a falta de elección, la que disponga la norma de conflicto vigente en el ordenamiento jurídico que conozca el caso.

El *Rebus Sic Stantibus* previsto en el contrato en ejercicio de la autonomía contractual

Los contratantes en ejercicio de su libertad contractual tienen tanto el poder de dotar de contenido normativo la relación jurídica que los une el cual plasman en el contrato (denominada autonomía material), como el de estipular cuál será el derecho aplicable al contrato (denominada autonomía conflictual) o *pactum de lege utenda*. Es importante no confundir las dos autonomías y tener presente la diferente orientación de cada una de ellas, la autonomía material versa sobre el contenido normativo material, y la autonomía conflictual atiende únicamente a seleccionar el ordenamiento jurídico que se aplicará en caso de un conflicto.

En ejercicio de la autonomía material, las partes pueden estipular la posibilidad de modificar o resolver un contrato por el acaecimiento de circunstancias extraordinarias imprevistas que hagan excesivamente onerosa su ejecución (Cláusula *Hardship*). Sus efectos la aproximan a la teoría de la imprevisión, pero se diferencia de ella en estos aspectos: como cláusula explícita proviene de la convención de partes; los criterios para su aplicabilidad resultan de lo pactado y, en los hechos, generalmente son más laxos que los que rigen en la teoría de la imprevisión.

Alterini sostiene que esta cláusula está explícita en los contratos internacionales en razón de la buena fe contractual²¹, sin embargo, esta posición no es aceptada universalmente.

Las partes pueden “crear” su propio derecho redactando las cláusulas que componen el contrato, o pueden hacer referencia a otras normativas, bien sean nacionales (leyes) o internacionales (tratados, o normativas internacionales emanadas de organizaciones internacionales que no son suscritas por los estados, como las normas del Unidroit) o usos y prácticas comerciales, incorporándolas al

21 Señala el autor que “Actualmente se considera que, en los contratos de duración, los contratantes tienen un deber implícito de renegociarlos cuando las circunstancias varían, por lo cual se permite a la parte que sufre una situación de inequivalencia sobreviniente romper el contrato y concluir otro en condiciones diferentes con otra persona. Ese deber de renegociar estos contratos deriva de la regla de buena fe porque “*pacta sunt servanda*, se entiende, pero *rebus sic stantibus*”.

texto del contrato, como normas emanadas de las partes. Esta situación se conoce como “incorporaciones por transferencia”.

Estas incorporaciones por transferencia forman parte de la autonomía material, y por tanto tienen el mismo valor normativo que cualquier otra cláusula del contrato y no el de la jerarquía de la normativa original de donde proviene, y deben regirse por la ley aplicable al contrato. En la práctica las partes en lugar de redactar una cláusula señalan que su contenido es determinada normativa legal, y en su efecto, es como si las partes, copiaran literalmente a modo de cláusula del contrato dicha normativa. De hecho, si la ley incorporada llegare a modificarse, no se aplicará la nueva ley sino la incorporada, porque se entiende que es una norma convencional y no legal. Ergo, es factible que las partes incorpore por transferencia artículos de instrumentos legales o contractuales que normativicen el *rebus sic stantibus*, y serán aplicables al contrato como una cláusula *hardship*.

Es importante no confundir la incorporación por transferencia con la ley aplicable al contrato. La primera es producto de la autonomía material, su fin es incorporar cierta norma externa al contrato con carácter de norma material elegida por las partes para tratar un punto específico, en cambio la autonomía conflictual tiene como fin seleccionar una legislación que regirá el contrato, incluyendo las cláusulas incorporadas por transferencia.

La ley aplicable puede versar sobre todo el contrato –como es normalmente- o pueden seleccionarse diversas leyes aplicables para distintos puntos del contrato (*depeçage*), siempre y cuando las partes sean independientes entre sí y no presenten vinculación alguna. Por ejemplo, un contrato de *join venture* para la compra-venta de mercancías, puede tener una ley aplicable que regule la modalidad de funcionamiento de las partes y otra ley aplicable que regule la materia la compra-venta de mercancías.

El *Rebus Sic Stantibus* contenido en la ley elegida por las partes

El contrato tiene un contenido normativo producto del acuerdo de las partes, pero por más extenso y minucioso que sea la redacción del mismo, necesita la aplicación de una ley que supla los vacíos que presente, o que sirva de guía para su orientación.

Las partes pueden elegir como ley aplicable la ley de un país cuyo ordenamiento jurídico acepte esta doctrina. Cabe resaltar que el juez del foro debe aplicar el ordenamiento jurídico seleccionado por las partes considerándolo en su plenitud, tanto la ley como su jurisprudencia, ya que debe decidir como lo haría un juez de dicha jurisdicción. En estos casos la viabilidad e interpretación del *rebus sic stantibus* dependerá del desarrollo jurídico del país cuya legislación se escogió al ejercer la

autonomía conflictual, sin que interese el lugar o los lugares donde ocurrió el hecho que suscitó la alteración extraordinaria.

También es común que las partes seleccionan como ley aplicable un ordenamiento jurídico distinto al de un Estado, como es la *lex mercatoria*, o los principios generales de la contratación internacional del Unidroit.

El Rebus Sic Stantibus contenido en la Lex Mercatoria

La *lex mercatoria* puede entenderse como un conjunto de reglas que conforman un “ordenamiento jurídico” surgidos de la práctica comercial internacional. Esta práctica comercial se verifica en los contratos internacionales como fuente de usos comerciales, condiciones generales de contratación, contratos-tipo, entre otros, y el arbitraje internacional como órgano administrador de justicia. Adicionalmente varias organizaciones internacionales han recopilado reglas comerciales en diversos instrumentos como los Incoterms 2000 o los principios del Unidroit, e incluso este derecho ha inspirado o servido de fuente principal para la elaboración de leyes nacionales y convenios internacionales que pretenden institucionalizar este derecho transnacional, como el Convenio de Viena sobre Compra Venta de Mercaderías. Rigaux justifica la existencia de este derecho debido a que los actores del derecho internacional son cada vez más empresas transnacionales o grupos transnacionales de sociedades, que se ajustan al derecho nacional de cada estado donde se asientan sus componentes (filial, etc.), pero que debido a la diversificación de las actividades tecnológicas y de las prácticas contractuales internacionales los derechos nacionales donde están asentados se hacen insuficientes para regular las relaciones internacionales privadas. Si a este fenómeno añadimos la concentración de poder económico en este grupo de empresas y en la asociación de industrias afines, tenemos una suerte de sociedad comercial internacional que elabora sus propias reglas comerciales para agilizar la práctica comercial y superar las trabas que implica la aplicación de cada derecho interno.

La *lex mercatoria* es un ordenamiento jurídico alternativo al derecho nacional de los estados, que se basta a sí misma y lo sustituye. No solo pretende regularizar la ley aplicable al contrato, sino también ofrece los medios jurisdiccionales para solucionar cualquier conflicto que surja a raíz de la ejecución del contrato: el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, más que una característica, la plenitud es una aspiración y no una realidad, ya que presenta un vacío normativo que debe ser auxiliado por normativas nacionales, por la diversidad de normas poco integradas entre sí, la pluralidad de criterios arbitrales contradictorios que impiden la consolidación de un derecho consuetudinario, y la escasa garantía jurisdiccional que ofrece el arbitraje comercial internacional por carecer de poder coactivo y requerir de la cooperación de los estados y de la aplicación de su derecho internacional privado (siendo los

estados nacionales quienes detentan el monopolio de la coacción) para que ejecute los laudos arbitrales.

Este derecho alternativo producto de la práctica comercial es creado por los actores de derecho comercial internacional quienes en la ejecución de su actividad negocian condiciones de contratación y crean normas comerciales que se alimentan de él a la vez que lo enriquecen. Sin embargo al igual que en el comercio internacional, suelen imponerse las condiciones contractuales y términos de los actores que tienen mayor poder económico –y por ende mayor poder de negociación- por lo que se acusa al derecho transnacional de responder a intereses de las grandes corporaciones internacionales.

A pesar de sus críticas, no puede negarse que la *lex mercatoria* representa las prácticas más comunes de las relaciones mercantiles internacionales, y dentro de éstas prácticas el *rebus sic stantibus* goza de un lugar dentro de este ordenamiento jurídico.

La *lex mercatoria* extrae su contenido de diferentes fuentes, y en todas ellas el *rebus sic stantibus* goza de cierto protagonismo. Está considerado como uno de los principios generales del derecho relativo a las relaciones comerciales internacionales, que constituyen una de las fuentes de la *lex mercatoria*; también se ha recurrido a él en la contratación internacional, incluso a se ha consagrado en los contratos como a modo de cláusula contractual (cláusula *hardship*) razones que permiten concluir que esta cláusula también forma parte de la *lex mercatoria* al formar parte de los usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional; y también se ha recurrido a él en laudos arbitrales por lo que forma parte de esa suerte de “jurisprudencia” arbitral. Sin embargo, estos precedentes son la fuente más débil de la *lex mercatoria*, por la diversidad de criterios sobre puntos similares que tiene los múltiples órganos arbitrales a nivel mundial, pero al menos permiten observar cierta tendencia dentro de la cual el *rebus sic stantibus* ha tenido acogida.

Debido a que la *lex mercatoria* es producto de la práctica comercial y no de un órgano legislador, no está contenida en un cuerpo normativo concreto sino que está disperso en diversos instrumentos, laudos, contratos-tipos, y prácticas, que impiden que sean precisados en concreto, por lo que su elección como ley aplicable al contrato comporta el riesgo de desconocer con precisión la norma jurídica concreta que se aplicará para resolver un conflicto contractual.

Pero la contribución de la *lex mercatoria* no se limita a ser elegida como ley aplicable al contrato, sino también sirve para enriquecer los criterios de interpretación de los jueces nacionales, cuando la ley aplicable al contrato es un ordenamiento jurídico nacional.

Podría afirmarse sin temeridad que la mejor muestra de *lex mercatoria* son los Principios del Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, o al menos, decir que los segundos son una expresión legítima de los primeros. Decisiones arbitrales han aplicado los principios del Unidroit cuando las partes eligen como ley como ley aplicable “la ley internacional” o *lex mercatoria* o principios generales de derecho aplicable a los contratos internacionales.²²

Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales

El instituto para la Unificación del Derecho Privado Unidroit trabajó durante décadas para elaborar un texto que sirviera como una especie de ley comercial internacional. Inicialmente se pensó hacer un texto que sirviera de proyecto de tratado pero se descartó esa idea debido a lo ambicioso que supondría hacer un tratado de esta envergadura que modificara la legislación civil de los países miembros. Sin duda, hubiera gozado de poca recepción en el concierto internacional y la iniciativa hubiera fracasado. Pero el Unidroit decidió realizar un instrumento cuya versatilidad no sólo implique una mejora actual en la práctica comercial, sino a su vez una guía a seguir; por lo que hizo una normativa que sirva a las partes de ley aplicable al contrato y de modelo de contrato, que sirva a los legisladores de proyecto de ley, que sirva a los jueces como criterio de interpretación, y que sirva a su vez como un compendio de principios de derecho contractual y *lex mercatoria*, con la esperanza de que poco a poco los agentes del comercio internacional y los estados vayan adaptando sus prácticas comerciales y legales a estos principios, para lograr a largo plazo lo que era imposible hacer al corto mediante una tratado sobre la materia: unificar el derecho contractual mercantil internacional.

Inspirado en la Convención de Viena sobre Compra Ventas Internacional de Mercaderías y en múltiples contratos, criterios judiciales y arbitrales, prácticas comerciales y principios generales del derecho, y con la colaboración de juristas de diversas nacionalidades, elaboró una reglamentación general para la contratación internacional de carácter universal denominada Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales²³.

22 Ver Laudo Arbitral de la ICC International Court of Arbitration, caso 12111, de fecha 06.01.2003, Laudo Arbitral de la International Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, caso 11/2002, de 05.11.2002; y Laudo Arbitral Ad hoc Arbitration, New York.

23 Su ambicioso ámbito de aplicación se desprende del preámbulo del texto:
“Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.
Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.
Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.
Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no hayan escogido el derecho aplicable al contrato.
Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.
Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional
Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

Dentro de los principios del Unidroit se incluyó la cláusula *rebus sic stantibus*, desde la teoría de la excesiva onerosidad en tres artículos que tratan los requisitos de aplicación y sus efectos, desarrollados previamente.

Artículo 6.2.1: Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship).

Artículo 6.2.2: Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;*
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;*
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y*
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.*

Artículo 6.2.3: (1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

- (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o*
- (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.*

Los principios del Unidroit han sido reconocidos por la doctrina, la práctica comercial y jurisprudencia variada como una recopilación de principios del comercio internacional y como *lex mercatoria*, (independientemente del valor que cada autor

o jurisdicción profese por esta cuestionada ley) y las disposiciones ahí consagradas, como el *rebus sic stantibus*, son reconocidas como tal²⁴.

Ley aplicable en defecto de elección

Si las partes no eligen expresamente una ley aplicable, lo hacen de manera dudosa, o la ley aplicable no fuere tácitamente manifestada, se aplica el derecho del país del foro para determinar la ley competente. Los distintos ordenamientos jurídicos estatales, conformados tanto por leyes nacionales, normas regionales o tratados internacionales, contienen normas de conflicto que permiten al intérprete seleccionar la ley aplicable al contrato. La aplicación del *Rebus Sic Stantibus*, se determinará según los requisitos de procedencia de la ley que resulte aplicable según determine la norma de conflicto. Diversos son los países cuyos ordenamientos jurídicos permiten, de uno u otra forma, la modificación de las prestaciones por circunstancias sobrevenidas, como Inglaterra, Alemania, Suiza, Italia, Grecia, Holanda, Bélgica, Japón, Libia, Perú, Argentina, entre otros.

CONCLUSIÓN

Poco a poco la rigidez de interpretación del *pacta sunt servanda* ha ido cediendo permitiendo la admisión del *rebus sic stantibus* en diversos ordenamientos jurídicos y en el comercio internacional, donde ha sido aceptado en laudos arbitrales cuando ha sido estipulado en el contrato a través de una cláusula o está consagrado en el ordenamiento jurídico aplicable al contrato, así como en instrumentos de derecho comercial internacional entre los cuales destaca los principios del Unidroit, reconocidos como un instrumento que cristaliza la *lex mercatoria* o principio de derecho comercial internacional²⁵. Puede afirmarse que el *rebus sic stantibus* es reconocido como una práctica comercial general.

Ante las vicisitudes que pueden ocurrir durante la ejecución de un negocio jurídico, sobretodo en países que tienen un grado importante de inestabilidad jurídica y política como varios latinoamericanos, el *rebus sic stantibus* sirve como

24 Señala Alterini que "los Principios de Unidroit se ofrecen como continente de la *lex mercatoria*, y constituyen una tentativa de codificación del Derecho de los contratos internacionales. La jurisprudencia arbitral los ha empleado reiteradamente como Derecho que rige el contrato internacional, así como para interpretar el derecho nacional aplicable."

25 Señala CHENGWEI LI "Different legal concepts exist in all legal systems dealing with the problem of changed circumstances and excusing a party from performance of its obligations when a contract has become unexpectedly onerous or impossible to perform. Some systems only accept a narrow range of excuses; others are more generous (e.g., the concepts of *imprévision* or *hardship*, *force majeure* or *Wegfall der Geschäftsgrundlage*). The existence of these related concepts evidences, with the fact kept in mind that the approach of municipal legal systems to the problem of changed circumstances varies from country to country that "*rebus sic stantibus*, has in its basic form been incorporated into so many legal systems that it may be regarded as a general principle of law." Indeed, international arbitrations have also admitted, albeit in exceptional cases, the doctrine of *rebus sic stantibus*. This practice has been further codified under the CISG, UNIDROIT Principles and PECL. Thus, it is arguable that: It seems that the law has gradually changed from absolute contractual obligations, the strict *pacta sunt servanda*, towards more flexible attitudes, especially in relation to changed circumstances."

protección a los comerciantes y en consecuencia, contribuye a fomentar el comercio internacional. Pero esta herramienta debe ser usada con mucho cuidado, ya que puede desnaturalizar la obligación de cumplir las prestaciones asumidas en el contrato, relajando el *pacta sunt servanda* y generando una inseguridad jurídica. Por ello, debe aplicarse con suma prudencia.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Bonell, M. (2006). *The Unidroit Principles in Practice*. EEUU: Transnational Publishers, Inc.
- Borda, G. (1975). *Manual de Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot.
- Calvo, A. y Carrascosa, J. (2005). *Derecho Internacional Privado*, Granada: Editorial Comares.
- Calvo, A. y Carrascosa, J. (2006). *Curso de Contratación Internacional*. Madrid: Editorial Colex.
- Candil, F (1946). *La Cláusula Rebus Sic Stantibus*. Madrid: Escelicer.
- Cossio, Carlos (1961). *La Teoría de la Imprevisión*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A.
- De Castro, F. (1967). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- De Los Mozos, J. (1965). *El principio de la Buena Fe*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Fernández, J., Arenas, R. y De Miguel, P. (2007). *Derecho de los Negocios Internacionales*. Madrid: Editorial Iustel.
- Fernández, J. (2003). *Ius Mercatorum*. Madrid: Colegios Notariales de España.
- Ferreira, D. (1984). *La Buena Fe. El principio general en el derecho civil*. Madrid: Editorial Montecorvo.
- Gafaro, A. y Gutiérrez, S. (1983). *Juricidad y cambio un caso concreto la teoría de la imprevisión*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Guardians, I. (1992). *Contrato Internacional y Derecho Imperativo Extranjero*. Pamplona: Aranzadi Editorial.
- Messineo, F. (1971). *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

- Morán, D. (2003). *Comentarios a los Principios del Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.
- Pino, A. (1959). *La excesiva onerosidad de la prestación*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Rigaux, F. (1985). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Editorial Civitas.
- Sánchez, R. (1973). *De los Contratos Civiles*. México: Editorial Porrúa S.A.
- Terraza, J. (1951). *Modificación y Resolución de los Contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*. Barcelona: Editorial Bosh.

Material consultado en Internet

- ALTERINI, Atilio Aníbal, *Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship*, disponible en https://www.ucursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/material_docente/previsualizar.php?id_material=150228. Consultado entre noviembre de 2007 a marzo de 2009.
- CHENGWEI, Li. *Changed Contract Circumstances*, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu5.html#cl38>. Consultado entre noviembre 2007 y marzo 2008.
- Van Houtte, H. *Changed Circumstances And Pacta Sunt Servanda*, disponible en <http://tldb.uni-koeln.de/TLDB.html>. Consultado entre noviembre 2007 y marzo 2008.
- ICC Award No. 1512.YCA.1976, disponible en http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=201512&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=951000#mark951000. Consultado entre noviembre 2007 y marzo 2008.
- ICC International Court of Arbitration, caso 12111, de fecha 06.01.2003, disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=956&step=Abstract>. Consultado entre noviembre 2007 y marzo 2008.
- International Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, caso 11/2002, de 05.11.2002 disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?p>

id=2&do=case&id=857&step=Abstract. Consultado entre noviembre 2007 y marzo 2008.

- Laudo Arbitral Ad hoc Arbitration, New York, disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=756&step=Abstract>. Consultado entre noviembre 2007 y marzo 2008.

LOS 20 AÑOS DE REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 50-75



Ana Isabel
BLANCO
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de enero de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 03 de febrero de 2013

RESUMEN: El presente trabajo versa sobre la trayectoria de la regulación de las cláusulas abusivas durante las ya dos décadas desde la promulgación de la Directiva europea 93/13/CEE, así como de las consecuencias jurídicas de su transposición en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y del Texto Refundido sobre la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Se aborda la noción de condiciones generales de la contratación y de cláusula abusiva, resaltándose la importancia de ejercer un doble control –de incorporación y de contenido– para garantizar la protección de los derechos e intereses de los consumidores.

Asimismo, se hace referencia a los cambios y modificaciones llevadas a cabo por el legislador en 2011 con la aprobación de la Directiva sobre derechos de los consumidores, que persigue la misma finalidad: la protección de los mismos.

PALABRAS CLAVE: IDirectiva, cláusulas abusivas, condiciones generales de la contratación, contratos de adhesión, control de incorporación, control de contenido.

ABSTRACT: This paper deals with the evolution and development of the unfair terms regulation during the two decades since the enactment of the European Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, as well as with its legal implications in the Spanish legal system.

In this context, the paper explains the concept of general conditions and unfair terms. Also, it highlights the importance of double checking–inclusion test and unfairness test– in order to guarantee the protection of consumer’s interests.

Furthermore, the article refers to the changes carried out with the approval of the European Directive on consumer rights following the same goal: the consumer protection.

KEY WORDS: Directive, unfair terms, general conditions, standard form contracts, inclusion test, unfairnesstest.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN COMO INSTRUMENTO DE LA CONTRATACIÓN EN MASA. 1. Contratos de adhesión: concepto y relación con las condiciones generales. 2. La necesidad de establecer un doble control sobre el uso (o mal uso) de las condiciones generales a) Control de incorporación. b) Control de contenido. III. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. 1. Las condiciones generales: su significado en España. 2. Características de la condición general. a) La contractualidad. b) La predisposición. c) La imposición. d) La generalidad. 3. Condición general v. Cláusula no negociada individualmente. IV. CLÁUSULAS ABUSIVAS. 1. La Directiva 93/13/CEE. 2. Cambios recientes en la regulación de las cláusulas abusivas. a) ¿Qué ha supuesto la nueva Directiva en cuanto a la regulación de las cláusulas abusivas?. b) El Reglamento sobre compraventa europea, ¿supone un paso hacia adelante importante?. V. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN¹

Han transcurrido 20 años desde la promulgación de la Directiva europea 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores², (en adelante, Directiva 93/13).

La Directiva 93/13 representó un hito importante en la política de los consumidores. Este instrumento legal nació como resultado de la iniciativa a escala europea de 1975 para garantizar la tutela de los derechos de los consumidores frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos que se pudieran celebrar con comerciantes o profesionales.

Así pues, esta Directiva supuso, en palabras de la Comisión, “[...] *a pesar de sus lagunas e imperfecciones, un avance sustancial en relación con las legislaciones de*

1 Artículo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MEC/DER2010-17126: “La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del siglo XXI”. Directora: D^a Silvia Barona Vilar.

2 DOL núm. 95, de 21 de abril de 1993.

Para una completa información de la Directiva 1993/13/CEE, véase PAGADOR LÓPEZ, J.: *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

• Ana Isabel Blanco García

Becaria MEC FPI Departamento de Derecho Administrativo y Procesal
Universitat de València

la mayoría de los Estados Miembros. Además, debido a su carácter «mínimo», permitía a estos adoptar o mantener disposiciones más estrictas con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”³. Sin embargo, ha sido este carácter de mínimos el que ha ocasionado que actualmente coexistan, dentro de la Unión Europea (en adelante, la Unión), 27 legislaciones nacionales diferentes de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. Por ello, y durante la última década, se ha desarrollado en Europa un proceso de revisión del acervo en materia de consumo.

Creemos oportuno hacer una breve referencia a la regulación vigente de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, concretamente, el español. Así pues, en España, esta regulación está contenida, por un lado, en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre **Condiciones Generales de la Contratación**⁴, (en adelante, LCGC), que transpuso con retraso la Directiva 1993/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y por otro, en los artículos 80 a 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, **por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias**⁵, (en adelante, Texto Refundido de 2007), el cual hace referencia al concepto de cláusula no negociada individualmente en lugar del de cláusula abusiva.

Por otro lado, la Directiva 93/13 expresó la necesidad de permitir el acceso a la tutela judicial efectiva de los consumidores, puesto que buscaba conceder una especial protección a éstos. Para ello, no sólo estableció un mandato para que los Estados miembros de la Unión garantizaran, mediante mecanismos eficaces, dicha protección, sino también dispuso la creación en cada uno de ellos de un Registro público de condiciones generales con efectos *erga omnes*. Este Registro fue desarrollado en España mediante el RD 1828/1999, de 3 de Diciembre, **por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación**⁶. Mediante este sistema se otorgaba la posibilidad a los consumidores de actuar contra las condiciones generales que contravengan las disposiciones legales y menoscaben sus intereses legítimos mediante el ejercicio de acciones judiciales.

Por último, consideramos importante mencionar un movimiento reciente en Europa en relación a la regulación de estas cláusulas, lo que significa que éste es un aspecto que aún hoy en día y tras muchos años, sigue teniendo una especial relevancia en las relaciones con los consumidores. Puesto que, como ya ha quedado

3 COMISIÓN EUROPEA: *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. COM (2000) 248 final, p. 5.

4 BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

5 BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. Concretamente, los contratos con consumidores están contemplados en el Título I, del Libro II del Texto Refundido de 2007 junto con las garantías.

6 BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 1999.

suficientemente probado en la realidad jurídica durante este tiempo, la protección del consumidor; no sólo a nivel nacional sino también a nivel europeo, sigue constituyendo un pilar fundamental de nuestra sociedad.

Por tanto, en Europa, los más de 400 millones de consumidores que la integramos debemos ser protegidos de todos los posibles abusos realizados por las empresas con las que contratamos productos o servicios, especialmente en lo que concierne al contenido de las cláusulas contractuales. Esta protección frente a dichas cláusulas se ha reflejado en el hecho de que **“se ha dictado un importante cuerpo legislativo en toda Europa, no para coartarlas, sino para controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo”**⁷. Este cuerpo legislativo comenzó con la aprobación de la Directiva 93/13 y continúa en nuestros días.

Actualmente, el creciente interés del legislador europeo en la protección de los consumidores ha quedado patente mediante el desarrollo de dos estrategias legislativas llevadas a cabo durante la última década. Estamos hablando de la iniciativa de crear un Derecho contractual europeo y de la revisión del acervo comunitario en materia de consumo, que han dado lugar, respectivamente, a la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea⁸ y a la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores⁹.

II. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN COMO INSTRUMENTO DE LA CONTRATACIÓN EN MASA

La defensa de los intereses de los consumidores ha constituido y constituye una de las grandes preocupaciones de la sociedad, teniendo en cuenta que el consumidor se erige como la parte débil del contrato, dado que su poder de negociación sobre el contenido contractual es prácticamente nulo. Esta protección de los consumidores cobró una especial relevancia desde que comenzó el fenómeno de la contratación en masa, caracterizada por la utilización de formularios-tipo, en cuya elaboración no puede influir el consumidor; y también por la incorporación de las nuevas tecnologías como Internet en la celebración de los contratos.

En el sistema de contratación en masa al que nos estamos refiriendo, los contratos están más o menos estandarizados o predispuestos por una de las partes, normalmente el empresario. Así pues, estos comerciantes hacen uso de los denominados “contratos de adhesión” en sus relaciones comerciales con consumidores. Es este tipo de contratación el más utilizado en el ámbito de consumo, puesto que conlleva, por un lado, ciertas ventajas económicas derivadas

7 STS, Sala de lo Civil, núm. 1084/1998, de 13 de noviembre (B.D.Aranzadi-Westlaw RJ 1998/8742), FD 2°.

8 COM (2011) 635 final, de 11 de octubre de 2005.

9 DOUE de 22 de noviembre de 2011.

del ahorro de los costes de elaboración de los contratos, y por otro, el incremento de la seguridad jurídica.

Todas estas ventajas se derivan del hecho de que, con un clausulado homogéneo, es posible establecer con anterioridad los riesgos y la posible responsabilidad derivados de la actividad empresarial, lo que disminuye, a su vez, el riesgo jurídico.

I. Contratos de adhesión: concepto y relación con las condiciones generales

Los contratos de adhesión, tan característicos de la contratación en masa, se pueden definir como aquellos contratos elaborados de forma unilateral, que se ponen a disposición del consumidor para que éste simplemente se adhiera¹⁰, es decir, éste se limita a dar su consentimiento en los casos en que quiera adquirir el bien o el servicio, no disponiendo de capacidad para negociar el contenido del clausulado contractual, lo que puede conllevar una situación de desequilibrio en el régimen de derechos y obligaciones entre ambas partes.

Asimismo, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español, por contrato de adhesión ha de entenderse aquél en que la esencia del mismo, y sus cláusulas, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptarlas o no. En otras palabras, en un contrato de adhesión se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). Así, esta libertad contractual viene limitada debido a que el consumidor no puede intervenir en la elaboración del contrato, esto es, no tiene la posibilidad de modificar el contenido contractual.

Así pues, si el consumidor se encuentra ante un contrato de adhesión, simplemente tiene la opción de adherirse o no al mismo, pero no de negociar las condiciones generales que lo integran. Esta adhesión o aceptación por el consumidor del contenido contractual queda reflejado mediante su firma en el mismo. Sin embargo, la realidad práctica ha puesto de manifiesto la necesidad de regular el contenido de dichas cláusulas predispuestas o no negociadas individualmente por las partes, puesto que en numerosas ocasiones éstas pueden llegar a ocasionar un grave desequilibrio o perjuicio al consumidor:

En relación a esta situación y como muy bien ha descrito la doctrina, ***“la consideración de abusivas de ciertas cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad implica***

10 Véase, VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “El consumidor ante el predisponente en la contratación seriada. Aproximación desde el Derecho europeo y español”, en AA.VV.: *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, dir. por TOMILLO URBINA, J., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 658.

relacionar el fenómeno de la contratación en masa con el debilitamiento de la libertad contractual y, en general, con los límites de la autonomía privada”¹¹.

Con la finalidad última de obtener una protección más eficaz y armonizada de los consumidores que adquieren bienes o servicios mediante su adhesión a contratos redactados por los empresarios, el legislador europeo aprobó la Directiva 1993/13, que tiene por objeto la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas, es decir, busca conseguir una armonización y uniformidad de la normativa referente a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos entre empresarios y consumidores.

Sin embargo, hay una serie de cuestiones que creemos es necesario plantearse lo siguiente: *¿por qué los empresarios utilizan condiciones generales en la elaboración de sus contratos? ¿Por qué los contratos de adhesión son los más utilizados por los empresarios en sus relaciones con los consumidores? ¿Supone la utilización de condiciones generales alguna ventaja para los consumidores o, por el contrario, su uso debilita aún más si cabe su posición dentro de la relación contractual?*

Todas estas cuestiones están íntimamente relacionadas con el funcionamiento de la economía moderna, caracterizada por la contratación en masa mediante contratos de adhesión integrados por condiciones generales que los uniformizan y homogeneizan.

En esta economía moderna, las condiciones generales cumplen una función económica, puesto que, mediante su utilización, los empresarios pueden racionalizar sus operaciones comerciales al haber uniformado el contenido de todos los contratos. Además, como consecuencia directa de esta racionalización, se produce una reducción de los costes derivados de la negociación de dichos contratos.

ALFARO señaló acertadamente que las condiciones generales constituyen un *“instrumento de racionalización vía estandarización: reducen los costes de celebración y regulación de los contratos; favorecen la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial; facilitan la coordinación y hacen posible el cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que ofrece la empresa y contribuyen a la creación de un derecho supletorio y con ello a aumentar la seguridad jurídica de las transacciones”¹².*

11 SERRA RODRÍGUEZ, A.: *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, p.13.

12 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”, en AAVV: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coord. por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Civitas, Madrid, 2002, p. 76.

La unificación del contenido de los contratos derivada de la inclusión de esta clase de cláusulas tiene consecuencias positivas para todos los partícipes en la relación contractual, tanto para el empresario como para el consumidor.

Por un lado, el comerciante puede ver reducidos los riesgos derivados del normal funcionamiento de la actividad empresarial y también los costes consecuencia del tiempo y del personal necesarios para la formalización de los contratos.

Todo esto supondrá, además, la optimización de los recursos de la empresa y la consiguiente mejora de su funcionamiento interno¹³. De esta manera, el proceso de elaboración de un contrato pasa a ser casi automático, en el que el contenido de las cláusulas, a excepción de la prestación y del precio, pasa a ser prácticamente el mismo.

Por otro lado, que los contratos se caractericen por un clausulado uniforme y homogéneo supone para el consumidor que los suscribe un incremento de la seguridad jurídica. Aparte de este efecto positivo, el empleo de condiciones generales supone la eliminación de algunos de los motivos de incertidumbre que suelen ser objeto de disputa.

No obstante, en la utilización de un clausulado contractual uniforme no todo son ventajas, puesto que mediante este proceso semiautomático, los empresarios, haciendo uso de su posición de dominio respecto a los consumidores, pueden incorporar cláusulas que resultan claramente ventajosas para ellos, pero que, sin embargo, suponen, sin ninguna duda, un abuso a los consumidores. Estos consumidores ven cómo su poder de negociación sobre el contenido de los contratos pasa a ser prácticamente inexistente, dado que éste queda reducido a la simple aceptación o rechazo de los mismos, es decir, a su adhesión o no al contrato en cuestión.

Para hacer frente a esta clase de abuso, cada uno de los Estados de la Unión ha desarrollado mecanismos judiciales, administrativos..., con la única finalidad de proteger los legítimos intereses de aquellos consumidores que hayan podido ser menoscabados por la inclusión de cláusulas abusivas.

2. La necesidad de establecer un doble control sobre el uso (o mal uso) de las condiciones generales

En España, estos mecanismos se han desarrollado con base en la Constitución de 1978, concretamente en el art. 51. Este precepto contiene un mandato a los poderes

¹³ Véanse, GARCÍA VILA, M.: *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, Editorial práctica de derecho, Valencia, 2006, pp. 20-22, SERRA RODRÍGUEZ, A.: "Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores", en AA.VV.: *Derecho Privado de Consumo*, coord. por REYES LÓPEZ, M. J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 319, ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 28-36, y NAVARRO CHINCHILLA, J. J.: "Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria", en AA.VV.: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dir. por NIETO CAROL, U., Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 534-536.

públicos que consiste en que éstos deben garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante la protección de sus legítimos intereses económicos. Esta protección debe hacerse a través de procedimientos eficaces.

Además, y específicamente para la protección de los adherentes frente a las cláusulas abusivas, la Directiva 93/13, en el apartado segundo del art. 7¹⁴, otorgó la posibilidad de que los Estados Miembros pudieran elegir cómo hacer efectivos dichos medios, por ejemplo mediante un control judicial o administrativo. Gracias a estos sistemas de control, los consumidores pueden acudir a los órganos competentes para que sean éstos los que determinen si ciertas cláusulas contractuales, elaboradas para su utilización general, tienen carácter abusivo, aplicando posteriormente los medios eficaces para el cese de su aplicación en los contratos.

Concretamente, en España, se optó por la implantación de un sistema de control judicial para determinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales incluidas en los contratos con consumidores. Por ello, se establecieron dos niveles de protección de los consumidores, llevados a cabo en momentos distintos y que han sido regulados por las distintas leyes. Concretamente, el primer control, el de incorporación, está regulado en los arts. 7 a 10 de la LCGC y en el art. 80.1.a) del Texto Refundido de 2007, compartiendo el objetivo de poner en conocimiento del consumidor el contenido contractual. Por su parte, el segundo control, el de contenido, viene establecido en los arts. 80 y 82 del Texto Refundido de 2007, constituyendo el control más directo que sirve para proteger al consumidor del carácter abusivo de las cláusulas incorporadas al contrato.

a) Control de incorporación

Este primer control viene regulado en el art. 5 de la Directiva 93/13 y hace alusión a los requisitos de forma que deben cumplir las condiciones generales para poder formar parte del contrato. De conformidad con el mencionado precepto, **“las cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma de forma clara y comprensible”**. Además, establece unos criterios que servirán de guía en caso de que el sentido de la cláusula no sea del todo claro o comprensible, prevaleciendo en estos casos la interpretación que resulte más beneficiosa para el consumidor:

Este artículo hay que ponerlo en relación con el considerando n° 20, según el cual los contratos han de ser redactados de forma clara y comprensible, pero además, en él se establece que el consumidor debe poder tener conocimiento de dichas cláusulas.

14 Este precepto señala que *“los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas”*.

Por tanto, lo que se establece en este precepto es el principio de transparencia que debe servir de guía para la elaboración de las condiciones generales, siendo además el medio que sirve para controlar si una cláusula debe o no ser incluida en el contrato.

Por otro lado, en la ley española, concretamente en la LCGC, el control de incorporación, continuando la línea de la Directiva 93/13, desempeña una función de publicidad, para que el consumidor adquiriera pleno conocimiento del contenido del contrato que va a celebrar *a posteriori*. Otra característica de este control es que está configurado con carácter general, esto es, resulta aplicable con independencia del tipo de contrato, (a excepción de los excluidos de su ámbito de aplicación), siempre y cuando estén integrados por condiciones generales.

Concretamente, las exigencias derivadas de este control son: la preceptibilidad, la comprensibilidad y la entrega al consumidor de una copia de las condiciones generales aplicables al contrato. Este último requisito no había sido expresamente incluido en la Directiva 93/13, lo que supuso que el control de contenido, tal y como estaba previsto, pudiera resultar insatisfactorio al tener el consumidor que exigir la copia de las cláusulas que iban a integrar el contrato. Por ello, el legislador español, teniendo en cuenta la posibilidad de dictar disposiciones más estrictas, estableció como requisito imprescindible la entrega de dicho documento al consumidor.

En conclusión, estos requisitos cumplen esa finalidad de lograr que el consumidor sea consciente no sólo de las prestaciones sino también de los riesgos y responsabilidades que de ellas derivan.

b) Control de contenido

El control de contenido es un control que se realiza con posterioridad al control de inclusión, siendo además el que determina la existencia del carácter de abusividad de una cláusula.

La Directiva 93/13 hace referencia a diversas exclusiones a este control en su artículo primero. Así, quedaron fuera de su regulación las cláusulas negociadas individualmente, puesto que carecen del requisito de la imposición. Asimismo, se excluyeron aquellas cláusulas contractuales que reflejaran disposiciones legales o reglamentarias y las disposiciones y principios de los convenios internacionales. La razón jurídica de esta exclusión radica en el hecho de que, cuando una cláusula transcribe una norma legal o reglamentaria, carece de sentido someterla a un control judicial para evaluar su contenido, puesto que tiene el mismo alcance y efectos que la disposición a la que se refiere.

Por último, la Directiva 93/13 apartó del control de contenido, en su art. 4, a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. Esta exclusión ha sido muy importante por las repercusiones jurídicas e interpretaciones que del concepto de cláusulas esenciales se han realizado por los distintos Estados Miembros.

En España, dado que no se transpuso esta exclusión, se generó un interesante debate doctrinal y jurisprudencial, que tuvo que ser resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 3 de diciembre de 2010¹⁵, en la que concluyó que, en virtud del art. 8 de la Directiva 93/13, según el cual esta Directiva era una directiva de mínimos¹⁶, los Estados Miembros podían ampliar este control de contenido a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, con independencia de su transparencia. Por tanto, actualmente, en algunos Estados Miembros las cláusulas que versan sobre el precio y la retribución quedan excluidas del control de contenido, mientras que en otros, como España, sí que están sujetas a dicho control.

III. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

La Directiva 93/13 hace alusión al término de cláusula no negociada individualmente, mientras que la ley española contempla la noción de condición general de la contratación. Debido a este hecho, consideramos necesario analizar ambos conceptos, haciendo una breve referencia a sus similitudes y diferencias.

I. Las condiciones generales: su significado en España

Una primera aproximación a la noción de condiciones generales de la contratación la encontramos en la Exposición de Motivos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁷, que establece que una cláusula es condición general cuando está *“predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes”*. Por tanto, fija un concepto basado en la predisposición e incorporación unilateral de estas condiciones al contrato.

Tal y como se ha indicado anteriormente, con posterioridad a esta Ley y con la finalidad de transponer al ordenamiento jurídico español el contenido de la Directiva 93/13, se dictó la LCGC. Esta Ley definía las condiciones generales como *“las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por*

15 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de junio de 2010 – (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo – España) – Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) (Asunto C-484/08). DO C 19, de 24.1.2009.

16 Este carácter de mínimos permite a los Estados Miembros adoptar disposiciones más estrictas que las establecidas en la propia Directiva, siempre y cuando tuvieran como finalidad garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

17 BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984.

una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”, y añade a continuación que “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”.

Atendiendo al contenido de este artículo, se puede señalar que el elemento que caracteriza a las cláusulas de adhesión es que estén redactadas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos dentro de un determinado ámbito comercial de consumo y no el mero hecho de que estén redactadas por una de las partes. Además, según la Directiva 93/13/CEE, es necesario no sólo que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre su contenido, sino que, además, no pueda evitar su aplicación siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trata.

Por tanto, se llega a la conclusión de que las características de una cláusula general son la **contractualidad**, la **predisposición**, la **imposición** y la **generalidad**. Por otro lado, las cláusulas negociadas individualmente son excluidas del ámbito de aplicación de la ley. Esta exclusión se debe a que este tipo de cláusulas no cumplen el requisito de la predisposición. Además, la parte que afirme que la cláusula tipo fue negociada individualmente deberá asumir la carga de la prueba.

Por último, la determinación de si una cláusula es o no condición general debe hacerse individualmente. De esta manera, el hecho de que se hayan incluido cláusulas previamente negociadas por las partes no supone un obstáculo para calificar a las restantes como condiciones generales.

2. Características de la condición general

Desde el principio, y con anterioridad a la Directiva 93/13, ALFARO señaló la presencia de los tres elementos característicos de cualquier cláusula para poder ser calificada de condición general. En primer lugar, debe aparecer el elemento de la contractualidad, puesto que las cláusulas están destinadas a formar parte del contenido del contrato; en segundo lugar, el elemento de la predisposición, ya que están redactadas previamente y unilateralmente al momento de su utilización; y, en tercer lugar, el elemento de la imposición, dado que su aplicación no puede ser evitada por el consumidor si quiere obtener el bien o servicio ofrecido, es decir, son presentadas al cliente sobre la base de **“lo toma o lo deja”**¹⁸.

¹⁸ ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, op. cit., pp. 112-116.

Derivado del concepto más reciente de condición general, solamente cabe añadir un elemento a los citados *supra*: el elemento de la generalidad, que se traduce en la necesidad de que dichas cláusulas sean incorporadas a una pluralidad de contratos.

A continuación explicaremos de forma individualizada cada uno de estos requisitos:

a) La contractualidad

Esta característica viene recogida explícitamente en la LCGC, según la cual son condiciones generales de la contratación ***“las cláusulas que hayan sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”***. Así pues, este requisito implica que han de tratarse de cláusulas destinadas a formar un contrato y también a tener fuerza de ley inter partes.

La doctrina mayoritaria¹⁹ indica que sólo aquellas cláusulas cuya validez derive de su propia incorporación a un contrato tendrán la consideración de condiciones generales. Esto implica que las cláusulas que se limitan a reproducir el tenor literal de una norma legal o dispositiva aplicable al contrato no son condiciones generales en sentido legal porque el predisponente no configura en exclusiva el contenido del contrato al introducirla. La razón estriba en que su calificación como cláusula general resultaría irrelevante dado que el régimen jurídico no se modificaría, al no poder ser declaradas ineficaces aun sometiénolas al control de contenido.

Según ALFARO, ***“la clave está en distinguir si la norma dispositiva reproducida en el formulario contractual sería aplicable a falta de regulación expresa, y si es así, la validez de la regla deriva de la propia ley”***²⁰.

b) La predisposición

Tanto la Directiva 93/13 como la LCGC establecen la predisposición como rasgo característico de las cláusulas incluidas en los contratos con consumidores. El término predisposición implica la redacción previa y de forma unilateral de las cláusulas contractuales por parte del profesional. Es decir, que la cláusula haya sido elaborada y redactada unilateralmente por el empresario con anterioridad a la fase de negociación y celebración del contrato y en ausencia de cualquier negociación en cuanto al contenido contractual, lo que comporta que el contrato ya está preparado en el momento de su celebración.

19 ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, op. cit., pp. 116-120 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 1”, en AAVV: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coord. por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Civitas, Madrid, 2002, pp. 105-107.

20 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 1”, en AAVV: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, op. cit., p. 108.

Según ALFARO, el hecho de que las cláusulas hayan de estar predispuestas es **“una consecuencia lógica del hecho de que las condiciones generales se redactan para ser utilizadas en una pluralidad de contratos futuros”**²¹.

c) La imposición

La LCGC establece que son condiciones generales las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, por lo que la imposición se constituye como requisito necesario para que se pueda hablar de condiciones generales.

Este elemento supone que las cláusulas han sido elaboradas unilateralmente por el empresario e incorporadas al contrato a su propia iniciativa, sin la influencia del consumidor en su elaboración y posterior incorporación. El hecho de que el consumidor carezca de cualquier opción de influir sobre el contenido del clausulado es fiel reflejo de su situación de inferioridad frente al empresario.

Por el contrario, si el consumidor ha tenido dicha opción, es decir, ha podido ser partícipe de la elaboración del contenido de las cláusulas contractuales, puede afirmarse que éstas no serán calificadas como condiciones generales en sentido legal al carecer del requisito de la imposición.

No obstante, la exigencia de incorporación unilateral de las cláusulas contractuales por el empresario no es lo único que conlleva la imposición. La Directiva 93/13, en su art. 3.2, y la LCGC en su art. 1.2, señalan que la imposición implica también la inexistencia de una negociación de carácter individual. De esta manera, el consumidor sólo tiene dos opciones, bien contratar conforme a las condiciones preestablecidas o bien renunciar a contratar.

Por tanto, podemos concluir que la adhesión es consecuencia directa de la imposición, es decir, de la ausencia de negociación individual de las cláusulas incluidas en el contrato.

d) La generalidad

La cuarta característica de las condiciones generales es la generalidad. Este requisito se deduce directamente de la expresión **“con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”**. Sin embargo, el debate que aquí se plantea gira en torno al número de contratos mínimo en los que debe incluirse una cláusula para ser considerada condición general. Esto es así porque dicho número no viene determinado expresamente en la Ley. Finalmente, se ha interpretado esta expresión

21 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 1”, en AAVV: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, op. cit., p. 113.

en el sentido de que no es necesario que las cláusulas sean incorporadas en todos los contratos celebrados por el mismo empresario, sino que la finalidad de la elaboración y preparación de dichas cláusulas sea su posterior utilización general.

En la práctica, "es suficiente con que las cláusulas que sean prerredactadas para un número en principio indefinido de contratos, es decir, para una pluralidad de negocios jurídicos"²². Por tanto, se excluye la necesidad de que sean incorporadas a la totalidad de los contratos que el empresario celebre en su actividad empresarial²³.

3. Condición general v. Cláusula no negociada individualmente

El considerando n° 12 de la Directiva 93/13 señala que sus cláusulas se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de regulación individual. De acuerdo con el texto legal, se entiende que una cláusula no negociada individualmente es aquella que ha sido redactada previamente y sobre cuyo contenido el consumidor no ha podido influir, en particular, en los contratos de adhesión²⁴. Así, fue en esta Directiva donde se acuñó este término.

En la legislación española, esta noción de cláusula no negociada individualmente ha sido incorporada en el art. 82.1 del Texto Refundido de 2007, entendiéndose por tales las estipulaciones que no hayan sido objeto de una negociación individual y todas las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. A la vista de esta definición, podemos observar que es una reproducción prácticamente fiel del original art. 3 de la Directiva 93/13, si bien para este caso se añadió la expresión «prácticas no consentidas expresamente».

Al establecer que, además de las cláusulas, también pueden ser abusivas las **prácticas no consentidas expresamente**, el legislador ha pretendido limitar aún más la pretensión del comerciante de, a través del contrato, vincular al consumidor a unos usos habituales de actuar y que, sin embargo, puedan llegar a ser abusivos²⁵. De ahí que entendemos que el legislador ha querido hacer una expresa mención a la necesidad de controlar también las prácticas o usos comunes del tráfico mercantil.

22 MARÍN LÓPEZ, J.J.: "El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación", en AAVV, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dir. por NIETO CAROL, U., Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 137.

23 GARCÍA VILA, M.: *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, op. cit., p. 36.

24 Véase, MARÍN LÓPEZ, J.J.: "El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación", en AA.VV.: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, op. cit., pp. 140-148.

25 Véase, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "Condiciones generales y cláusulas abusivas (arts. 80 a 91)", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. por CÁMARA LAPUENTE, S., Madrid, Colex, 2011, p. 712.

La segunda parte de esta expresión hace referencia al consentimiento expreso por parte del consumidor; o más bien, a que la ausencia del mismo supone la consideración de la práctica como abusiva. Aludir al consentimiento del consumidor es, a nuestro juicio, una cuestión lógica, pero más aún, necesaria. Decimos esto porque el comerciante podría hacer valer estas prácticas, vinculando consecuentemente al consumidor; aun cuando no las hubiera consentido expresamente, al asumir que era suficiente el mero hecho de que las conociera.

No obstante, por el contrario, la ley española que transpuso la Directiva 93/13, la LCGC, no realiza alusión alguna a estas prácticas, sino que habla de condiciones generales de la contratación en lugar de cláusula no negociada, tal y como lo hace la Directiva que teóricamente transpone.

La divergencia entre ambas nociones se concreta en la exigencia de la concurrencia de los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Todos estos elementos son exigidos para calificar una cláusula como condición general, mientras que para hacerlo como cláusula no negociada individualmente, solamente deben darse los requisitos de contractualidad, predisposición e imposición y no así el de la generalidad.

Por tanto, de la noción de cláusula no negociada individualmente establecida en la Directiva 93/13 se observa que ésta exige expresamente la predisposición, (que la cláusula haya sido redactada previamente a la celebración del contrato), y la imposición, (que el consumidor no haya podido influir en el contenido del contrato), e implícitamente, la contractualidad, que se puede deducir sin problema alguno directamente del articulado legal. Sin embargo, en esta definición no se realiza alusión alguna a la utilización por parte del empresario de las cláusulas en una pluralidad de contratos, es decir, la generalidad no constituye requisito para la calificación de una cláusula como no negociada individualmente en los términos fijados por la Directiva.

Por el contrario, toda esta regulación relativa a las cláusulas abusivas dejaría de tener sentido en aquellos casos en los que las cláusulas incluidas en el contrato hubieran sido el fruto de una negociación individualizada entre el comerciante y el consumidor. Esto es, aquéllas cláusulas que han sido objeto de una elaboración conjunta del consumidor y del comerciante.

En este sentido, para poder considerar que una cláusula ha sido negociada, esta negociación ha de ser individual, es decir, debe versar sobre una única cláusula y no sobre todo el conjunto contractual predispuesto. Además, la negociación debe significar que el consumidor ha tenido la efectiva oportunidad de influir en

el contenido del contrato. Para ello, la negociación debe ser seria, efectiva, leal y conforme a la buena fe²⁶.

IV. CLÁUSULAS ABUSIVAS

La contratación mediante condiciones generales permite al empresario racionalizar los recursos de los que dispone, al mismo tiempo que se configura como la base de la promoción de la seguridad jurídica.

Sin embargo, la libertad que posee el comerciante como predisponente a la hora de elaborar el contrato conlleva que, en no pocas ocasiones, incluya determinadas cláusulas que solamente le reportan beneficios a él. Es decir, el comerciante puede llegar a incorporar al contrato cláusulas ventajosas para su posición dentro de la relación contractual en menoscabo de los consumidores. Es en estos casos en los que la seguridad jurídica resulta perjudicada. En la mayoría de estas ocasiones, las condiciones generales presentan una total falta de claridad y concreción, lo que dificulta su comprensión por parte del consumidor.

En otras palabras, es el predisponente quien, beneficiándose del fenómeno de la contratación en masa, incorpora determinadas cláusulas en los contratos que son causa de un grave desequilibrio en los derechos y obligaciones del consumidor, siendo éstas las denominadas cláusulas abusivas.

En este punto, es necesario estudiar su reglamentación en la Directiva 93/13, que trató también de proporcionar las herramientas necesarias para adoptar medidas contra la inclusión de estas cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. También consideramos importante realizar un breve análisis de los cambios que se están produciendo, a nivel europeo, durante los últimos meses sobre este asunto.

I. La Directiva 93/13/CEE

La Directiva 93/13 señala, en su art. 3.1, que *“las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*.

Esta es la noción genérica de cláusulas abusivas que a su vez constituye el primero de los dos sistemas establecidos por la propia Directiva para la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual.

26 PARDO GATO, J. R.: *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión: (análisis legislativo y jurisprudencial)*, Dijusa, Madrid, 2004, pp. 117-121.

De conformidad con esta definición, podemos extraer que una de las características fundamentales de toda cláusula abusiva es la predisposición, puesto que se exige que las cláusulas no hayan sido negociadas²⁷ previamente a la celebración del contrato. Esto supone que es el comerciante el que prepara el contenido contractual al que el consumidor solamente tiene la opción de adherirse en caso de que vaya a contratar el bien o el servicio ofrecido por el comerciante.

Además, observamos que se fijan los dos criterios que servirán de guía para considerar que una cláusula es abusiva: la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones.

Así, el principio de buena fe²⁸ constituye la guía para la conducta del empresario en todas las relaciones que entable con consumidores, puesto que, como predisponente, debe tener en cuenta las expectativas del adherente para la elaboración del contenido del contrato. En la práctica, para considerar abusiva una cláusula, ésta debe ir en contra de las exigencias de la buena fe objetiva, entendida como un *“comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico”*²⁹. Así pues, este principio de buena fe rechaza la posibilidad de que el predisponente, normalmente el comerciante, pueda aprovechar su situación de superioridad en la relación contractual.

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el significado y alcance de este concepto, estableciendo que el principio de buena fe debe ser entendido como el *“cumplimiento de reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida”*³⁰, es decir, se debe *“dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales de los interesados”*³¹.

Aparte del principio de buena fe, esta definición legal añade otro requisito, o más bien, especifica el efecto que debe causar una cláusula para ser considerada abusiva.

27 Según Alfaro, *“el hecho de que una cláusula haya sido negociada individualmente ni es un indicio ni de su carácter equilibrado ni es una exigencia para que podamos afirmar que su aceptación ha sido producto de una decisión libre por parte del contratante”*. ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *“Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas y condiciones generales”*, Anuario jurídico de La Rioja, n° 4, 1998, p. 59.

28 Véase, BUSTO LAGO, J. M., PEÑA LÓPEZ, F. y ÁLVAREZ LATA, N.: *Reclamaciones de consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor)*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, Sección 2°.

29 Así lo entiende el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sus Sentencias núm. 914/1995, de 26 de octubre (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 1995/8349), núm. 865/2000, de 2 de octubre (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 2000/8131) y núm. 147/2001, de 22 de febrero (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 2001/2609). Véanse también las SSTs, Sala de lo Civil, núm. 179/1998, de 20 de febrero (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 1998/604), núm. 785/1993, de 23 de julio (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 1993/6476) y núm. 959/1996, de 8 de noviembre (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 1996/7954).

30 Véanse, entre otras, las SSTs, Sala de lo Civil, núm. 179/2000, de 29 de febrero (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 2000/812), núm. 718/2002, de 12 de julio (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 2002/6047) y núm. 37/2003, de 30 de enero (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 2003/2024).

31 STS, Sala de lo Civil, de 22 de marzo de 1994 (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 1994/2564) y SAP Madrid, Sección 1ª, de 10 de octubre de 2002 (B.D. Aranzadi-Westlaw AC 2002/1417).

Este efecto consiste en crear “*un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”³², es decir, que le cause al consumidor un perjuicio desproporcionado. Mediante esta norma, lo que se buscaba era obtener el equilibrio jurídico en cuanto a los derechos y deberes estipulados en el contrato, no en cuanto a las prestaciones de las partes. Así queda también establecido, en el art. 4.2 de la Directiva 93/13³³.

Como se ha podido comprobar, el control de contenido se realiza haciendo uso del principio de buena fe, como medio para alcanzar un fin, a saber, el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.

Por otro lado, el segundo sistema para determinar el carácter abusivo de una cláusula consiste en una lista de aquellas cláusulas normalmente consideradas abusivas.

Esta lista fue incluida en el Anexo de la Directiva como una lista “indicativa y no exhaustiva”, lo que significa que el mero hecho de que una determinada cláusula esté en dicha enumeración no implica necesariamente que sea abusiva, aunque, no obstante, este hecho es un indicador utilizado por los jueces y tribunales para el enjuiciamiento de dicha cláusula. Este dato, creemos, es muy importante tenerlo en cuenta, dado que no se trata de una declaración cuasilegal de cláusula abusiva por hallarse en el Anexo, sino de una enumeración ejemplificativa e indicativa de lo que puede llegar a ser:

En España, el legislador español, gracias al carácter de mínimos de la Directiva, ha incluido en su ordenamiento una lista más extensa de cláusulas³⁴ que en todo caso son consideradas abusivas, mejorándose así el nivel de protección de los consumidores.

2. Cambios recientes en la regulación de las cláusulas abusivas

Tras 20 años desde que se promulgara la Directiva 93/13, es ahora cuando en Europa se ha tratado de adaptar la regulación de las cláusulas abusivas a las nuevas

32 Véase GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Artículo 82”, en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson, 2009, pp. 962-965.

Véanse también las SSTS, Sala de lo Civil, núm. 1084/1998, de 13 de noviembre (B.D.Aranzadi-Westlaw RJ 1998/8742) y núm. 718/2002, de 12 de julio (B.D.Aranzadi-Westlaw RJ 2002/6047).

33 El tenor literal de este precepto es el que sigue: “*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a las adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.*”

34 REYES LÓPEZ, M. J.: *Manual de Derecho de consumo*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 225-234. La autora analiza los tipos de cláusulas abusivas en función de los cuatro criterios de clasificación.

Véase también, SERRA RODRÍGUEZ, A.: “*Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*”, en AA.VV.: *Derecho Privado de Consumo*, coord. por REYES LÓPEZ, M. J., op. cit., pp. 347-360.

necesidades que presentan los consumidores de hoy en día, algo diferentes a los de hace dos décadas cuando se promulgó la citada Directiva. Así pues, el legislador europeo ha tratado de dar una solución global a todos los conflictos que han ido surgiendo a lo largo de estos años y, sobre todo, a las lagunas jurídicas derivadas en parte de la rápida evolución y desarrollo de los mercados.

Concretamente, la nueva regulación trata de hacer frente a los problemas y cuestiones derivados del fenómeno, ya no sólo de la contratación en masa, sino también de la globalización y consiguiente internacionalización de las empresas. Como consecuencia de ello, los comerciantes han buscado y desarrollado sistemas de contratación que pudieran proporcionarles las herramientas necesarias para lograr una contratación más eficiente en términos económicos y, especialmente, que les permitiera llegar a un mayor número de consumidores incluyendo, por supuesto, consumidores de otros países. Por tanto, los comerciantes tratan de actuar en un ámbito territorial que va más allá de sus fronteras nacionales.

Con la finalidad de adaptarse a esta nueva realidad en las relaciones de consumo, se ha promulgado la Directiva sobre derechos de los consumidores y se ha publicado la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea. Ambos instrumentos constituyen el paso más reciente de la regulación de las cláusulas abusivas dentro del ámbito de la Unión. Paso que creemos que es de gran importancia, pero que no será el último en el proceso de mejora y adaptación de la regulación de un tema tan relevante como es el relativo a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

a) ¿Qué ha supuesto la nueva Directiva en cuanto a la regulación de las cláusulas abusivas?

El objetivo general de esta Directiva es el de disminuir la fragmentación jurídica existente entre los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros de la Unión, lo que ayudaría a mejorar el funcionamiento del mercado interior. Esto, a su vez, conllevaría un importante incremento de la confianza de los consumidores, además de una reducción de las reticencias de las empresas a realizar operaciones transfronterizas consecuencia de la disminución de los costes a los que deben hacer frente estas empresas al operar en un marco jurídico menos complejo.

Es decir, esta Directiva se ha elaborado con el propósito de contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la fijación de unas normas estándares y uniformes para aspectos comunes a los contratos, celebrados entre comerciantes y consumidores. Además, presta una especial atención a los contratos a distancia y a los celebrados fuera del establecimiento mercantil, actualmente en auge, garantizándose así un aumento de la competitividad de las empresas, instaurando también un elevado nivel de protección de los consumidores.

El legislador europeo buscaba lograr, mediante esta Directiva, la plena armonización de todos los aspectos fundamentales de estos contratos, aunque, sin embargo, no lo ha conseguido en lo que se refiere a las cláusulas abusivas. Afirmamos esto porque mientras regula con detalle aspectos como el derecho de desistimiento, trata otros de manera superficial, siendo éste el caso de la regulación de las cláusulas abusivas.

Pero esta falta de una exhaustiva regulación no era la que el legislador europeo había previsto inicialmente, puesto que la Propuesta de Directiva de 2008 sí contenía una completa regulación de este aspecto, no sólo de las nociones y requisitos de las cláusulas abusivas, sino que se habían incluido dos listas, siguiendo el modelo ya establecido en la Directiva 93/13. Estas listas son conocidas como la *lista negra*, integrada por cláusulas que debían ser consideradas abusivas en todo caso, con independencia de las circunstancias concretas, y la *lista gris*, conformada por cláusulas presuntamente abusivas.

Sin embargo, inexplicablemente, esta regulación no fue incluida en la versión final de la nueva Directiva, por lo que el objetivo de alcanzar una armonización de máximos en la regulación de la abusividad del clausulado no se ha conseguido.

Así pues, observamos que solamente se ha dedicado un artículo, el 32, a regular las cláusulas abusivas. Concretamente, este artículo introduce un nuevo precepto en la Directiva 93/13 en el que se impone una obligación de información a los Estados miembros, por la cual si alguno de ellos adopta disposiciones que establezcan un régimen más estricto de protección de los consumidores que el establecido en la propia Directiva, deberá comunicarlo a la Comisión, así como de cualquier cambio ulterior:

Además, el legislador europeo ha querido también especificar unas disposiciones en las que el deber de información adquiere una especial relevancia. De conformidad con estas disposiciones, la evaluación del carácter abusivo alcanza también a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración, y el deber de información incluye también aquellas disposiciones que contienen listas de cláusulas contractuales que se consideren abusivas.

En todos estos casos será la Comisión Europea el organismo encargado del control de esta información. Es decir, se asegurará, por un lado, de que la información proporcionada por los Estados miembros de las disposiciones que adopten al amparo de este precepto sean accesibles para ambas partes contractuales, y por otro, de transmitir dicha información a los demás Estados miembros y al Parlamento Europeo, con el propósito de dotar de la mayor publicidad posible a estas disposiciones para así revestir de seguridad jurídica a las relaciones contractuales con consumidores.

Esta modificación ha de ser efectiva antes de que finalice el año 2013, para lo que los Estados miembros deberán incluir este precepto en sus respectivas legislaciones internas vigentes.

b) El Reglamento sobre compraventa europea, ¿supone un paso hacia adelante importante?

Actualmente, además de la nueva Directiva, en Europa se ha publicado recientemente una Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea, concebido como un instrumento optativo de Derecho contractual europeo que pueda ser elegido por las partes como alternativa a las legislaciones nacionales aplicables a los contratos transfronterizos o nacionales.

Este instrumento legal viene a cumplir con el mismo objetivo que la citada Directiva: mejorar el funcionamiento del mercado interior facilitando las compras transfronterizas.

Sin embargo, a diferencia de los otros Reglamentos existentes a nivel europeo, este Reglamento nace como un instrumento de aplicación opcional³⁵ por las partes del contrato, siendo concebido como un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros. Por tanto, serán las partes las que decidan sobre su aplicación o no al contrato que celebren. La expresión “2º régimen” hace referencia a un régimen de Derecho interno, pero que en lugar de haber sido elaborado por el legislador nacional, lo ha sido por el legislador europeo.

Con la finalidad de no menoscabar los legítimos intereses de los consumidores y de no agravar su posición como parte débil, se ha establecido la exigencia del consentimiento expreso por parte del consumidor para la aplicación de este conjunto uniforme de normas. Consentimiento que se realizará mediante una declaración explícita separada de la declaración por la que manifiesta el acuerdo a la celebración del contrato.

Desde el punto de vista del consumidor, el uso de unas normas homogéneas para regular los contratos celebrados con comerciantes de otros Estados Miembros y, en especial, la inclusión de un contenido contractual armonizado para todos ellos, es percibido como una indudable ventaja, esto es, como una marca de calidad.

35 Véanse, HESSELINK, M., RUTGERS, J., DE BOOYS, T.: “The legal basis for an optional instrument on European contract law”, *Centre for the Study of European Contract Law – Working Paper Series*, 2007/04, 2007, encontrado en: <http://ssm.com/abstract=1091119>, RUTGERS, J. W.: “An Optional Instrument and Social Dumping”, *Centre for the Study of European Contract Law – Working Paper Series*, 2006/03, 2006, encontrado en: <http://ssm.com/abstract=969293> y RUTGERS, J. W., SEFTON-GREEN, R.: “Revising the Consumer Aquis: (Half) Opening the Doors of the Trojan Horse”, *European Review of Private Law*, 16, 2008, encontrado en: <http://ssm.com/abstract=1092756>, pp. 427–442.

A diferencia de lo que sucede con la nueva Directiva, este Reglamento sí contiene una completa regulación de las cláusulas abusivas, por lo que en este caso sí se consigue una armonización jurídica de este aspecto.

De toda la regulación que contiene, merece nuestra atención el hecho de que continúa en la línea establecida por la Directiva 93/13, puesto que mantiene, además de los requisitos de forma, las exclusiones al control de contenido de las cláusulas negociadas individualmente y de las cláusulas declaratorias. Asimismo, conserva la exclusión al citado control de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. Es esta exclusión la que podría llegar a suponer que en España se realizara un doble tratamiento a las cláusulas sobre elementos esenciales, puesto que, como ya se indicó anteriormente, la línea jurisprudencial seguida por los jueces y tribunales españoles, (en especial, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia anteriormente citada), era la contraria. Debido a esta diferencia de tratamiento, consideramos que, en la práctica, esta situación planteará problemas en el sentido de que, dependiendo de las normas que regulen el contrato, bien la normativa interna o bien la normativa común de compraventa, las cláusulas relativas a los elementos esenciales podrán ser sometidas o no a control de abusividad. Lo que, en última instancia, supone establecer un mayor o menor nivel de protección de los consumidores frente a este tipo de cláusulas.

Por último, en la Propuesta de Reglamento se ha superado la idea de incluir una lista indicativa, incluyendo dos listas de cláusulas abusivas, una lista negra de 5 cláusulas que serán consideradas abusivas en cualquier circunstancia, y otra gris, de 12 cláusulas presuntamente abusivas.

V. CONCLUSIÓN

La preocupación social por la protección de los consumidores se vio reflejada con la promulgación de la Directiva 93/13.

Esta Directiva trataba de ofrecer una interpretación coherente de los contratos celebrados mediante condiciones generales predispuestas. Si estas condiciones generales son consideradas abusivas, traen como consecuencia el desequilibrio en las relaciones contractuales, puesto que suponen un desplazamiento de los riesgos y obligaciones a la parte débil del contrato, esto es, al consumidor. Así pues, la Directiva inició un camino de mínimos hacia la tutela de la paridad contractual afectada por el uso de las condiciones generales en los contratos.

Sin embargo, suponemos que con una intención de eficiencia, no trata de regular todos los tipos de contratos, puesto que quedaron excluidos de su ámbito de aplicación los contratos societarios, laborales, de familia y sucesorios.

Así pues, el “mal uso” de las condiciones generales al que nos referíamos *supra* da lugar a que el mercado sea menos competitivo, al mismo tiempo que los costes se incrementan. Para evitar o, al menos, limitar que los comerciantes se beneficien de la contratación mediante contratos de adhesión integrados por este tipo de cláusulas, la Directiva impuso un deber de protección de los consumidores a los Estados miembros, mediante procedimientos administrativos o judiciales, con la finalidad de controlar las condiciones generales. Se prevé este control tanto en lo que respecta a la forma como al contenido de las mismas, siendo además, en muchos Estados miembros, como es el caso de España, un control de carácter judicial.

También, respecto al control de contenido, optó por realizar determinadas exclusiones, algunas de ellas muy cuestionadas con posterioridad, como la exclusión a dicho control de las cláusulas sobre elementos esenciales, cuestiones que han quedado dirimidas con los nuevos instrumentos legales europeos que continúan en la misma línea legislativa.

Por último, todas las medidas legislativas que se han venido adoptando hasta la actualidad, especialmente las últimas llevadas a cabo por el legislador europeo, no hacen sino evidenciar el gran interés y el enorme esfuerzo que se ha desplegado en torno a esta cuestión con la finalidad de que las relaciones contractuales entre consumidores y comerciantes sean lo más equilibradas posible.

Pero, a pesar de ello, esta contratación equilibrada continúa siendo, hoy día y tras dos décadas de regulación, una utopía deseable, una meta que aún no se ha alcanzado plenamente pero que, sin embargo, se intenta firmemente conseguir.

EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN PROCESOS DE FUSIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO BOLIVIANO

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 76-89



Enrique
Fernando
ORTIZ
HERRERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 03 de marzo de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 24 de marzo de 2013

RESUMEN: El presente trabajo de investigación, contiene un análisis y una crítica a la normativa jurídica contenida en el Código de Comercio Boliviano dirigida a la regulación del derecho de oposición de los acreedores de las sociedades comerciales en procesos de fusión. Observa también, las medidas que asume el Registro de Comercio dentro del trámite correspondiente dirigidas a velar por el cumplimiento del ejercicio de este derecho y, finalmente presenta aquellos elementos que deben ser considerados necesarios para el ejercicio de este derecho.

PALABRAS CLAVE: Código de Comercio, Procesos de Fusión, Sociedades Comerciales, Derecho de Oposición, Acreedores.

ABSTRACT: The present paper contains the legal analysis of the Commerce Code in Bolivia on matters of opposition of creditors in commercial societies that are in a fusion process. It also examines the position of the National Registration of Commerce in this process of Fusion of Societies. Finally, the author exposes the elements and requirements need for this process of fusion of Societies to be accurate.

KEY WORDS: Commerce Code, FusionProcess, Comercial Societies, Right of Opposition.

SUMARIO.- 1. Nociones Preliminares sobre la Reestructuración Societaria. 2. La fusión y las motivaciones de un proceso de fusión. 3. Clases de Fusión. 3.1. La Fusión Creación. 3.2. La Fusión Absorción. 4. Efectos de la Fusión. 4.1. Traspaso en Bloque de Patrimonios. 4.2. Integración de Socios. 4.3. Extinción de una o más Sociedades. 5. La Fusión en la Legislación Boliviana. 6. El derecho de oposición en las operaciones de fusión. 7. Justificación del derecho de oposición de los acreedores. 8. Presupuestos de hecho necesarios para el ejercicio de la oposición. 8.1. Existencia de un derecho de crédito. 8.2. Crédito con una Garantía Adecuada. 8.3. Tiempo de referencia para determinar los créditos a ser protegidos. 8.3.1. Créditos anteriores a la publicación del último acuerdo de fusión. 8.3.2. Crédito no vencido a tiempo de la publicación del acuerdo de fusión. 8.4. La información como medio de protección a los acreedores. 8.5. Acreedores titulares del ejercicio del derecho de oposición. 8.5.1. Acreedores titulares de créditos nacidos y no vencidos a tiempo de la publicación del acuerdo de fusión. 8.5.2. Acreedores con o sin garantías para su crédito. 8.6. Plazo para el ejercicio del derecho de oposición. 9. Efectos derivados del ejercicio del derecho de oposición. 9.1. Suspensión de la operación de fusión. 9.2. Garantía para el derecho de crédito. 10. Rechazo y controversias sobre la oposición. 11. Trámite de registro de operaciones de fusión de sociedades comerciales en el Registro de Comercio y la oposición de los acreedores. 12. Elementos necesarios para el ejercicio del derecho de la oposición de los acreedores de sociedades comerciales en proceso de fusión y la oposición de los acreedores a la fusión en la legislación nacional.

I. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LA REESTRUCTURACIÓN SOCIETARIA

Dentro de los institutos generados por la práctica comercial que más llaman la atención y ha sido objeto de atención jurídica, están las sociedades comerciales y todo lo a que a su desarrollo importa, su tipicidad, organización, la responsabilidad emergente de cada tipo societario, sus formas reestructuración, disolución y liquidación.

Entre todos estos aspectos del instituto societario, llama particularmente la atención, el de la reestructuración societaria, que se presenta mediante diversas operaciones que son distintas de acuerdo a su finalidad, entre las que están la reducción de capitales, transformación, fusión y escisión.

Estas operaciones de integración societaria, algunas veces entendidas como concentración empresarial y dentro de estas últimas la fusión de sociedades comerciales, se originan cuando resulta oportuno o conveniente concentrar las operaciones comerciales de dos o más sociedades en una sola o en otra nueva

• Enrique Fernando Ortiz Herrera

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón, Magister en Derecho Comercial y Tributario de la Universidad Privada del Valle en titulación conjunta con la Universidad Nacional de La Plata de la República Argentina, actualmente desempeña funciones como Asesor Legal de Bisa Seguros y Reaseguros S.A., Socio Senior del Estudio Jurídico Belc Consortium, Catedrático de las materias de Derecho Comercial, Empresarial y Seguros en la Universidad Privada Boliviana, asesor y consultor en áreas de Derecho Comercial, Empresarial y Corporativo; desempeñó funciones como Consultor en el Programa de Saneamiento Legislativo en el Área de Derecho Comercial y Económico de la GTZ-CONCED, fue Asesor Legal Externo del F.F.P. Prodem S.A.

con la desaparición de las demás; entonces estas operaciones de concentración por medio de reorganizaciones o reestructuraciones se presentan generadas por la conveniencia sobre todo económica de los socios y/o accionistas de consolidar o mejorar su posición dentro el mercado; consecuentemente estas operaciones se presentan como de especial interés no solo para los socios o accionistas de las sociedades que se fusionan, sino también para terceros ajenos a las mismas como son los acreedores de estas sociedades, debido a que ellos son titulares de derechos emergentes y de obligaciones pendientes que tienen las sociedades que se fusionan.

II. LA FUSIÓN Y LAS MOTIVACIONES DE UN PROCESO DE FUSIÓN

En líneas generales conocemos a la fusión como aquella operación mediante la cual dos o más sociedades comerciales, se disuelven sin liquidarse para formar una nueva sociedad o formar parte de una sociedad preexistente; sobre la fusión los tratadistas argentinos, Zarco, Cima, María Fernández y Fabián Sánchez en su obra *Manual Práctico de Sociedades Comerciales* refieren que para la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE): *“La fusión consiste en la transmisión del patrimonio de una o varias sociedades a otra sociedad, por medio de la absorción por parte de una sociedad. La fusión es una operación por la cual las sociedades pueden aumentar su producción o penetrar en mercados nuevos. La fusión puede tener varios objetivos: la búsqueda de una mayor eficiencia económica o de un poder sobre el mercado, una diversificación, un despliegue geográfico sobre todos los mercados, la obtención de sinergias financieras o para la investigación y desarrollo”*.¹

En cierta medida, dentro del mismo lineamiento en lo que refiere a las motivaciones que impulsan al desarrollo de un proceso de fusión, según la Organización de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), el impulso existente a las operaciones de fusión y adquisición en el contexto de la reestructuración económica tiene las siguientes motivaciones: *a) Economías de operación y de escala, b) Mejor administración, c) Crecimiento, d) Situación Subvaluada, e) Diversificación, f) Razones Personales, g) Motivaciones financieras, h) Efectos de la información, i) Utilidad por Acción, j) Estructura de Capital y k) Rapidez y costos*.²

III. CLASES DE FUSIÓN

Una vez referidas las variadas motivaciones que pueden llevar a los socios o accionistas de una sociedad comercial para someterse a un proceso de fusión corresponde atender a las diferentes clases de fusión y como se puede deducir de la sucinta noción de fusión planteada precedentemente, tenemos que esencialmente dentro la clasificación que tradicionalmente es admitida tanto a nivel doctrinal como

1 ZARCO PÉREZ, Franklin Nicolás, ..., *Manual Práctico de Sociedades Comerciales*, Edit. La Ley, 1º Edición, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 160.

2 *Idem.*, p. 166.

legal y las diferentes modalidades o tipos de fusión que surgen de las prácticas emergentes de las necesidades económicas de los comerciantes, esto sin el afán de pasar por alto u omitir otras clasificaciones o tipos de fusión; entonces principalmente existen operaciones de dos tipos: la fusión creación y la fusión por absorción.

3.1. La Fusión Creación

La fusión creación es conocida también como fusión pura, fusión propia y continuación por nueva sociedad; este tipo de fusión, se opera cuando dos o más sociedades se unen para constituir una nueva, la característica principal de esta es que las sociedades en fusión se disuelven pero no se liquidan. En este tipo de fusión, que también es llamada por integración, las sociedades que se fusionan parecen para crear otra nueva que les sucede en todos sus derechos y obligaciones.

En un aspecto netamente jurídico lo que ocurre en este tipo de fusión y es que las sociedades que se fusionan cualquiera sea su tipo, constituyen una nueva sociedad previa disolución de las fusionantes, lo que significa que debe producirse un acontecimiento determinante en la existencia de esa sociedad, como es la extinción de la vinculación jurídica alrededor de la que los socios y/o accionistas efectuaron sus aportes de capital al tiempo de constituir a esa sociedad comercial. Lo regular sería que al extinguirse esa vinculación jurídica, automáticamente se opere una liquidación del patrimonio de la sociedad comercial, pero en este caso los socios o accionistas tienen resuelto reunirse con otros iguales pertenecientes a otra sociedad que también dejará de existir pero sin liquidarse; ocurriendo de esta forma que los patrimonios de las sociedades extinguidas pasará a ser el patrimonio recién conformado de una nueva sociedad vinculada a los socios originales de las sociedades extintas.

3.2. La Fusión Absorción

La Fusión Absorción o también conocida como la fusión por incorporación a la que muchos doctrinarios le han querido quitar su carácter de fusión, en cambio se da cuando, una sociedad comercial que no se disuelve ni se liquida absorbe a otra u otras sociedades que si se disuelven pero no se liquidan. En este tipo de fusión, una de las sociedades que se va a fusionar, la sociedad fusionante incorpora a su estatus social, los socios y la totalidad de derechos y obligaciones de una o más sociedades fusionadas que desaparecen.

Cabe recalcar que para algunos autores el nombre de fusión al caso de absorción, no es correcto pues consideran que esta hipótesis consiste más bien en una compraventa o cesión de derechos por parte de las sociedades fusionadas a la sociedad fusionante.

Difiere la fusión por absorción de la fusión creación, debido a que una sociedad se anexa a otra o es absorbida por otra sociedad comercial que mantiene su vigencia, su denominación y su propia personalidad jurídica, admitiendo en su estructura a otra u otras sociedades que acordaron anexarse o dejarse absorber. En lo referido a esta modalidad de fusión el profesor Morales Guillen sostiene que para la sociedad absorbente, se trata solo de una mera modificación de su acto constitutivo, generalmente concebida como una ampliación de capital, sin afectar su personalidad jurídica.³

IV. EFECTOS DE LA FUSIÓN

Entre los efectos que se generan en virtud al desarrollo de un proceso de fusión se pueden mencionar los siguientes:

4.1. Traspaso en Bloque de Patrimonios

En lo que refiere a este efecto de la fusión, algunos tratadistas asimilan o comparan este hecho a la figura de la transmisión a título universal propia del derecho civil en lo referido a las sucesiones, analogía que resulta útil solo para el entendimiento de este efecto de la fusión. Partiendo de la idea de la figura del heredero a título universal que ingresa a suceder al causante en el conjunto de relaciones patrimoniales del acervo hereditario y cuya posición llega a ser igual a la del causante. El jurista nacional Dr. Jaime Ovando indica que como producto de una fusión cualquiera que se sea su tipo se presentan entre otras, la siguiente situación jurídica, que se entiende como efecto: ***“La totalidad de la hacienda o de las empresas fusionadas o absorbidas, sus bienes, créditos o activos en general, así como sus obligaciones, sus pasivos, pasan a formar parte a título universal del patrimonio de la sociedad a la que se fusionan o en su caso a la nueva sociedad creada, aplicándose la sentencia “universum ius” (a título universal)”***⁴

Entonces en la fusión se alcanza, al igual que en una sucesión a título universal a la totalidad de las relaciones jurídicas de las que eran titulares las sociedades que se extinguen, afectando a todo su patrimonio, derechos y obligaciones. Cuando se refiere a este efecto de la fusión, se refiere a la transferencia en bloque de todos los activos que se encontraban a nombre de la sociedad o sociedades fusionadas a favor de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente; pero también se debe entender que esta transmisión en bloque también alcanza a los pasivos.

3 MORALES GUILLEN, Carlos, *Código de Comercio Concordado y Anotado*, Edit. Escuela de Artes Gráficas del Colegio Don Bosco, 1° Edición, La Paz, Bolivia, 1999, Tomo I, p. 460.

4 OVANDO OVANDO, Jaime, *Sociedades Comerciales Doctrina y Legislación Nacional*, Plural Editores, 1° Edición, La Paz, Bolivia, 2008, p. 802.

4.2. Integración de Socios

Otro efecto producto de una fusión, es que los accionistas y/o socios de las sociedades que se fusionan, pasan ser accionistas y/o socios de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad producto de la fusión; efecto que se denomina integración de socios, que supone traslado de socios o accionistas de las sociedades fusionadas a la sociedad absorbente o resultante, que se puede operar mediante un aumento de capital o un proceso de suscripción de acciones; esta integración de socios se produce cuando los socios y/o accionistas de una sociedad que se extingue participan en la sociedad que se beneficia del patrimonio aportado por la sociedad extinguida, participación que se entiende debe ser proporcional al valor patrimonial aportado en la nueva sociedad.

Sobre la determinación de la participación de los socios de la antigua sociedad en nueva sociedad o sociedad subsistente, esta debe hacerse en una proporción equitativa a su aporte en la nueva sociedad, pudiendo darse que mantengan su situación patrimonial o sean propietarios de una parte más pequeña o más grande. Este equilibrio sobre la participación se refleja en la denominada relación de canje, que básicamente refiere al canje de las acciones.

4.3. Extinción de una o más Sociedades

El efecto ya característico de los procesos de fusión que resalta en las propias definiciones de la propia fusión, es la extinción sin liquidación de las sociedades fusionadas que llegan perder su personería jurídica y dan origen a una nueva sociedad o que son absorbidas por una sociedad existente; Sobre este efecto de la fusión en particular el profesor José Sánchez Oliván precisa: *“En cualquier caso conviene recordar que la necesaria extinción de las sociedades a causa del vacío patrimonial que la aportación entraña, no supone la desaparición de la sociedad como empresa sino sólo como sostén jurídico de las relaciones de que era titular, que a partir del momento de la fusión se desarrollan por otro ente social; ello supone la subsistencia de la empresa, aunque desaparezca el instrumento formal a través del cual ella se realizaba”*.⁵

Entonces se muestra como un punto en común que la extinción se presenta en cualquier tipo de fusión, pero con la siguiente diferencia; en el caso de la fusión por creación de nueva sociedad, la extinción afecta a todas las sociedades fusionadas y en caso de la fusión por absorción, la extinción afecta a todas las sociedades participantes en el proceso de fusión con excepción de la absorbente que mantiene su existencia.

5 SÁNCHEZ OLIVAN, José, *Fusión y Escisión de Sociedades*, Ed. CEF, 2ª Edición, Madrid, España, 2007, p. 216.

V. LA FUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

La fusión de sociedades comerciales en Bolivia está regulada por el Código de Comercio Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977, el referido cuerpo legal presenta un régimen para las sociedades comerciales en su Libro Primero, Título III de las Sociedades, Capítulo XI Fusión.

El régimen de fusión se encuentra regulado desde el artículo 405 hasta el artículo 412; los referidos artículos no han sido derogados ni modificados expresamente por norma alguna, conservando el mismo texto desde que entraron en vigencia y hasta la fecha se prolonga la misma.

La normativa sobre fusión en el Código de Comercio comienza en su artículo 405 proporcionando una definición de la fusión, que se encuentra de acuerdo con la más clásica y difundida posición legal y doctrinal sobre los tipos de fusión existentes, pues en su redacción refiere a las fusiones por absorción y a la fusión creación.

Posteriormente nuestra normativa comercial refiere a lo que es ya el procedimiento propiamente dicho estableciendo en su artículo N° 406⁶, cuales son los requisitos preliminares que se deben por parte de las sociedades que pretenden fusionarse en dos puntos que son los siguientes: *“1. Compromiso de fusión suscrito por los representantes de las sociedades, aprobado por la mayoría necesaria de votos necesarios que se requieran para la modificación del contrato constitutivo de sociedad; y*

2. Preparación de balances especiales, a la fecha del acuerdo, por cada una de las sociedades participantes en la fusión: Dichos balances deben ser puestos a disposición de los socios y acreedores. Estos últimos pueden oponerse a la fusión acordada, si antes no son debidamente garantizados en sus derechos. Cualquier discrepancia en cuanto a esas garantías, las resolverá el juez sumariante”.⁷

6 BOLIVIA, *Código de Comercio*, Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz, Bolivia, 1979, p. 112.

7 Esta primera etapa de la fusión por así decirlo comprende entonces: La suscripción de un compromiso de fusión por parte de los apoderados o representantes autorizados de las sociedades participantes en la fusión, este compromiso para llegar a la etapa de suscripción debe haber sido aprobado previamente por la mayoría de votos necesarios que se requieren para modificar el contrato de constitución original; en lo que refiere a esta votación afirmativa que se requiere para modificar la constitución social y por ende autorizar y aprobar una fusión la misma debe ser acreditada documentalmente, acreditación que se llega a constituir en un testimonio previo para una resolución final o de tipo definitivo; por otra parte este compromiso suscrito se considera previo y puede ser considerado como si fuera el proyecto de fusión. En lo que refiere a la preparación de balances especiales, se entiende que no se refiere a los balances anuales que presentan las sociedades, sino refiere a balances especialmente elaborados por el proceso de fusión, conocidos como balances de corte que serán puestos a disposición de socios y acreedores como información de tipo técnico previo que de su análisis por parte de socios y terceros estos resolverán su aprobación u oposición al proceso según corresponda.

Para el caso de superada la referida primera etapa con el cumplimiento de los requisitos preliminares exigidos en el artículo referido, el artículo N° 407⁸ del Código prevé lo que requiere el acuerdo definitivo que deberá contener:

- “1) *Las resoluciones aprobatorias de las sociedades participantes;*
- 2) *La nómina de los socios que se acogan al derecho del retiro y capital que representan los mismos;*
- 3) *La nómina de los acreedores que formulen su oposición y el monto de sus créditos;*
- 4) *Las cláusulas para la ejecución del acuerdo, además, debe observar el cumplimiento de las normas de disolución de cada sociedad. Se incluirá clara y concretamente las participaciones que correspondan a los socios de las sociedades que se disuelven y sus características; y*
- 5) *La inclusión de balances especiales”.*

En esta etapa se aprueba el acuerdo definitivo que debe tener previsto todos los supuestos establecidos por el artículo de referencia, así como también debe existir una constancia expresa del cumplimiento de todo lo exigido⁹.

Prosiguiendo con la regulación de la fusión, el Código de Comercio establece en su artículo N° 408 que la constitución de la nueva sociedad debe proceder de acuerdo a la normativa que le corresponde según su tipo societario; procediendo para el caso de la sociedad absorbente la correspondiente reforma estatutaria de acuerdo lo dispuesto por norma.

Por su parte el artículo N° 409 del Código dispone la inscripción del acuerdo definitivo de fusión en el Registro de Comercio disponiéndose su publicación de acuerdo a lo preceptuado por el Código de Comercio en su artículo N° 401, incisos 3 y 5 referido a la transformación.

8 BOLIVIA, *Op.Cit.*, p.113.

9 Son las resoluciones de las sociedades en fusión que aprueban la operación, las que se constituyen como una constancia legal y formal de las mismas que acreditan su capacidad.
En lo que refiere a la nómina de socios que se acogen al retiro y el monto de sus aportes, se considera una información necesaria e importante debido a que refiere a los activos mismos de la nueva sociedad, por tanto deben estar expresadas en la constitución social.
Sobre la nómina de los acreedores que formulen oposición, se considera también una información importante debido a que esta presencia afecta a la situación patrimonial de la nueva sociedad.
En lo que concierne a la necesaria presencia de cláusulas para la ejecución del acuerdo de fusión, su existencia es esencial para poder dar cumplimiento a lo acordado en la fusión; así como las normas referidas a la disolución de las sociedades que desaparecen.
También debe ser obligatoria la inclusión de los balances en el acuerdo definitivo, por contener estos la información técnica sobre las sociedades fusionadas.

Prosiguiendo con lo regulado para la fusión, la norma comercial en su artículo N° 410 establece un régimen de administración para la sociedad absorbente o para la nueva sociedad, recayendo esta administración en los representantes de las sociedades extinguidas con responsabilidades.

En lo que refiere al receso de socios y su derecho preferente el artículo N° 411 remite su tratamiento a lo dispuesto por los artículos N° 402 y N° 403 del Código de Comercio que regulan este tema en la transformación de sociedades.

Para finalizar el tratamiento que le da el código de comercio a la fusión, está tipificado en el artículo N° 412 la revocación del compromiso de fusión, pudiendo quedar sin efecto el mismo mientras no haya estado suscrito el acuerdo definitivo de fusión y que por efecto de esta revocación del compromiso de fusión no se genere perjuicios a las sociedades, sus socios y a terceros.

Sobre el registro de la fusión en FUNDEMPRESA entidad que se encuentra a cargo del Registro de Comercio, para proceder al registro de las fusiones corresponde el trámite N° 10 "FUSION DE SOCIEDADES", del Manual de Procedimientos de Trámites de FUNDEMPRESA, este trámite vigente desde el 2 de mayo de 2005 aprobado por la entonces Superintendencia de Empresas ahora AEMP mediante R.A. N° SEMP N° 0205/2004 (Bolivia 2004), se exigen los requisitos siguientes¹⁰.

- 10 **1.** Formulario N° 0031/03 ahora formulario N° 0031/10 modificado mediante Resolución Ministerial N° 283/2009 de 31 de diciembre de 2009 que aprueba el trámite de revisión previa a la publicación en un órgano de prensa y la adecuación de los formularios correspondientes. (Los formularios que fueron modificados son los siguientes: 0020/03, 0030/03, 0031/03, 0032/03 y 0090/03 sustituido por los formularios 0020/10, 0024/10, 0030/10, 0031/10, 0032/10 y 0090/10, estos presentan una casilla denominada información de la publicación donde se indica lo siguiente: Solicito presentar la publicación en forma posterior a la revisión y aceptación del testimonio por parte del RCB.) de solicitud de Registro de Fusión con carácter de declaración jurada, debidamente llenado y firmado por el representante legal.
- 2.** Balances especiales de corte practicados a la fecha de acuerdo, por cada uno de los participantes en la fusión, acompañando la solvencia profesional otorgada por el Colegio de Auditores.
- 3.** Compromiso de fusión suscrito por los representantes de las sociedades intervinientes, aprobado por la asamblea de socios o junta de accionistas.
- 4.** Testimonio de escritura pública de acuerdo definitivo de la fusión, sea propiamente dicha o por absorción, en original o fotocopia legalizada legible, que debe contener los aspectos indicados en los Num. 1) a) 5) del Art. 407 del Código de Comercio, así como debe contener una cláusula en la que expresamente se señale haberse dado cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 406, Inc 2) del Código de Comercio.
- 5.** Publicación in extenso en un periódico de circulación nacional del testimonio de la escritura pública de acuerdo definitivo de fusión. (Adjuntar página completa del periódico en que se efectúa la publicación).
- 6.** Testimonio de poder del representante legal, en un ejemplar original o fotocopia legalizada legible, en la que se inserte el acta de asamblea de socios o junta de accionistas en la que conste su nombramiento. Si el representante legal es extranjero debe presentar el documento original que acredite la radicatoria en el país (únicamente para verificación), debiendo constar en el mismo alternativamente: Visa de objeto determinado, permanencia temporal de un año, permanencia temporal de dos años, visa múltiple o permanencia indefinida, acompañando una fotocopia simple de dicho documento firmada por el titular: En su caso puede también presentar certificación original o fotocopia legalizada extendida por el Servicio Nacional de Migración SENAMIG.
- 7.** Adicionalmente, en caso de tratarse de una fusión propiamente dicha, la sociedad emergente de la misma debe cumplir y adecuarse a las normas correspondientes al tipo societario respectivo, conforme a lo dispuesto por el Art. 408 del Código de Comercio.
- 8.** En caso de ser sociedades sujetas a regulación sectorial, deben acreditar la autorización de la Superintendencia respectiva.
- 9.** Para efectuar el presente trámite es requisito indispensable que las sociedades comerciales o las empresas unipersonales que se pretenden fusionar cuenten con las Matrículas de Comercio actualizadas.

VI. EL DERECHO DE OPOSICIÓN EN LAS OPERACIONES DE FUSIÓN

Una operación de fusión, como cualquier operación de reestructuración societaria genera la posibilidad de afectar diferentes intereses, entre ellos cuentan los intereses propios de la sociedad como persona jurídica, los de sus socios de manera separada y también los intereses de terceros ajenos a esas sociedades. Normalmente la tendencia en la legislación comercial acorde con la versatilidad del comercio, es facilitar las operaciones de reestructuración empresarial, mediante el establecimiento de procedimientos simples que permitan su realización en términos de tiempo relativamente cortos, sin embargo la celeridad que se busca en estas operaciones no debiera ser incompatible con la necesaria seguridad jurídica que debe existir para garantizarse a terceros ajenos titulares de créditos pendientes de cumplimiento por parte de las sociedades intervinientes en los procesos de fusión; generalmente en lo que se refiere a la protección y tutela de los derechos en el desarrollo de un proceso de fusión se deben contemplar: Los derechos de los socios y a los derechos de terceros ajenos a la sociedad.

En lo que refiere a la protección de los derechos de los socios y/o accionistas que se puedan considerar perjudicados por el desarrollo de la fusión, la normativa sustentada también por la doctrina suele reconocer y proporcionar un mecanismo de protección para los socios como es el derecho de retirarse de la sociedad y recibir una compensación justa por su participación en la sociedad fusionada y con relación a los terceros ajenos a la sociedad fusionada que no toman parte en la adopción del acuerdo de fusión precisamente por no ser parte de la sociedad, pero que son alcanzados por sus efectos y que por lo general suelen ser acreedores de la sociedad, puede presentarse para ellos como una situación de riesgo para la posibilidad de pago de sus acreencias; para este caso se dispone de otro mecanismo de protección de sus intereses distinto al de los socios, como es el denominado derecho de oposición al que pueden recurrir si se considera que se presentan riesgos para sus intereses como resultado de la operación de fusión, buscando que estos derechos sean lo suficientemente garantizados.

Es así que en cuanto a la regulación de los procesos de fusión, la legislación comercial debe contar con un régimen jurídico básico para atender este tipo de operaciones, sin descuidar intereses de socios y terceros ajenos a las sociedades que se fusionan.

Con alguna excepción, entre las etapas de decisión y ejecución de un proceso de fusión se suele ubicar en la normativa este derecho que corresponde a los acreedores a que se garantice sus créditos, que se conoce como derecho de oposición; en primera instancia corresponde decir que el derecho de oposición está concebido como una tutela de los derechos de los acreedores ante la fusión de una sociedad comercial deudora.

Cuando se desarrolla una fusión de sociedades comerciales, en primer término se podría entender la existencia de una conformidad con la operación, en la perspectiva de que la fusión fortalezca las operaciones de las empresas fusionadas, pero no todos pueden considerar favorable un proceso de fusión; pues para los acreedores de las sociedades que se fusionan, podría significar un menoscabo a sus intereses, esto ante la posibilidad de la desaparición y/o reducción de las garantías directas que poseen y por la presencia de los acreedores de la otra sociedad que pueden venir a exigir el cobro de sus créditos sobre los mismos bienes. Entonces con el fin de proteger los intereses de los acreedores el legislador ha previsto desarrollar medidas jurídicas para la defensa y garantía de los acreedores de las sociedades en los procesos de fusión, a quienes concede un derecho de formular su oposición a la fusión.

Esta figura en materia de obligaciones y créditos, tiene un propósito especial que podemos entender del significado que nos proporciona Manuel Osorio en su *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* que es aplicable a la oposición en los procesos de fusión, pues refiere al significado de la oposición del acreedor: *“Facultad que las leyes mercantiles reconocen a los acreedores para oponerse a distintos actos que pueden afectar el patrimonio de su deudor, actos que no podrán ser realizados sin desinteresar o garantizar adecuadamente a tales acreedores. Los actos en cuestión pueden consistir en transferencias de fondos de comercio, fusiones, escisiones, transformaciones, reducciones, etc.”*¹¹

En lo que refiere a la figura jurídica en análisis, la misma fue presupuestada por el Legislador en su momento; estando así el derecho de oposición de los acreedores sociales en los procesos de fusión de sociedades comerciales en el ordenamiento jurídico nacional dentro las normas del Código de Comercio de acuerdo a los siguientes términos:

“Art. 406°.- (Requisitos preliminares). Para proceder a la fusión deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. *Compromiso de fusión suscrito por los representantes de las sociedades, aprobado por la mayoría de votos necesarios que se requieran para la modificación del contrato constitutivo de sociedad; y*
2. *Preparación de balances especiales, a la fecha del acuerdo, por cada una de las sociedades participantes en la fusión. Dichos balances deben ser puestos a disposición de los socios y acreedores. Estos últimos pueden oponerse a*

¹¹ OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias, Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Heliasta, 30° Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 684.

la fusión acordada, si antes no son debidamente garantizados sus derechos. Cualquier discrepancia en cuanto a esas garantías, las resolverá el juez sumariante.

Art. 407°.- (Acuerdo definitivo). *Cumplidos los requisitos preliminares, el acuerdo definitivo de fusión deberá contener:*

1. *Las resoluciones aprobatorias de las sociedades participantes;*
2. *La nómina de los socios que se acojan al derecho de retiro y capital que representan los mismos;*
3. ***La nómina de los acreedores que formulen su oposición y el monto de sus créditos;***
4. *Las cláusulas para la ejecución del acuerdo que, además, debe observar el cumplimiento de las normas de disolución de cada sociedad. Se incluirá clara y concretamente las participaciones que corresponden a los socios de las sociedades que se disuelven y sus características; y*
5. *La inclusión de los balances especiales”.*¹²

Las normas citadas dirigidas a la regulación de los procesos de fusión, han previsto el derecho de oposición a favor de los acreedores de las sociedades en procesos de fusión, estableciendo que estos pueden revisar los balances y oponerse a la misma en caso de no estar debidamente garantizados; para el caso de discrepancias sobre las garantías, estas podrán ser resueltas por el juez sumariante.

Sobre los balances a los que refiere el artículo en revisión, se debe entender que se trata de los balances especiales de corte referidos en el Trámite N° 10 de Fusión de Sociedades de FUNDEMPRESA; estos balances se denominan así por que cortan la gestión, debido a que no se puede esperar al cierre de la gestión en curso, pues estos se deben realizar a tiempo de acordar la fusión; siendo el único requisito exigido para este balance la presentación de la solvencia profesional del contador que firma el balance, y el mismo debe contener la mención de ser un balance especial de cierre, además de llevar la firma del representante legal.

En lo que refiere a la solvencia profesional que se exige, tanto para la entidad que la emite como es el Colegio Profesional de Auditores, así como para la Entidad que lo requiere para fines del trámite de fusión como es FUNDEMPRESA, es indiferente que el balance especial de cierre lo haga el auditor interno de la sociedad o un profesional auditor ajeno a la sociedad en fusión. Para que esta solvencia

12 BOLIVIA, *Código de Comercio*, Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz, Bolivia, 1979, p. 113.

profesional sea otorgada, tampoco se observa si el auditor es interno o es externo, el Colegio Profesional de Auditores solo exige que el profesional este registrado en esa asociación profesional y tenga sus cuotas al día, siendo suficientes estos dos elementos para la referida solvencia.

Por otra parte el Colegio de Contadores que emite la solvencia profesional, no revisa el contenido del balance, tampoco verifica si se cumplen las normas de contabilidad, solo constata que este firmado por un profesional afiliado, con cuentas al día, por lo que solo se avala la firma y no el contenido del balance.

Por lo que se concluye que esta solvencia profesional, sólo certifica el ejercicio legal de la profesión de contador y no certifica el contenido del balance especial de cierre; por otra parte FUNDEMPRESA, no revisa el contenido del balance especial de fusión pues su función es solo de registro de las sociedades comerciales, comerciantes y determinadas operaciones de comercio.

La oposición regulada en el Código de Comercio, corresponde entonces a un mecanismo de protección a priori, lo que significa que es previa al proceso de fusión, sus efectos debieran producirse antes que se concrete el proceso de fusión; el ejercicio de este derecho en nuestra legislación está dispuesto como un acto de naturaleza no judicial, pues la oposición se la formula directamente contra la sociedad deudora y se recurre al juez solo en caso de discrepancias sobre la garantía ofrecida por la sociedad deudora a su acreedor.

Sobre los requisitos preliminares de la fusión el Profesor David Cabezas Caballero en su libro *Nociones de Derecho Comercial* indica que existe una secuencia lógica de pasos, pues el compromiso de fusión aprobado por la junta deben seguir otros que conduzcan a elaborar los documentos que serán puestos a conocimiento de los acreedores los cuales pueden oponerse si no fueron garantizados.¹³

En lo que refiere a la oposición Carlos Morales Guillen en su *Código de Comercio Concordado y Anotado* al comentar el artículo N° 408 del Código de Comercio, recién toca el tema cuando detalla los efectos de la fusión con relación a los acreedores señalando: *“Respecto de los acreedores, puede significar el peligro de quebranto por la desaparición de las garantías que el patrimonio de la sociedad fusionada implica y por la presencia de los acreedores de las sociedades participantes, que han de venir a concurrir con ellos en el cobro de sus créditos sobre unos mismos bienes. Esta es la razón por la cual se autoriza su oposición y se previene la necesidad de garantizarles sus derechos”*.¹⁴

13 CABEZAS CABALLERO, David, *Nociones de Derecho Comercial*, Ed. Tupac Katari, 1ª Edición, Sucre, Bolivia, 1996, p. 133.

14 MORALES GUILLEN, Carlos, *Op.Cit.*, p. 564

La apreciación doctrinal que hace el referido tratadista, es bastante aclarativa sobre el objeto de la oposición, y tal vez se constituya en la más profunda apreciación doctrinal sobre nuestra legislación en este tema, aunque no menciona o no precisa sobre la forma del ejercicio de este derecho; complementando a esto, el mismo profesor Carlos Morales Guillen señala también sobre los efectos de la operación con relación a los acreedores lo siguiente: *Para los acreedores, importa un problema de sustitución de su deudor, por su consentimiento tácito— si es que no fue expresamente emitido— cuando no usaron de su derecho de oposición oportunamente. Su derecho al crédito como las acciones procesales que la ley les reconoce, son exigibles y ejercitables contra la nueva sociedad o la incorporante, aun tratándose de la prosecución de litigios pendientes con las sociedades fusionadas.*¹⁵

Si bien los derechos procesales (acciones legales) son exigibles y pueden ejercitarse contra la nueva sociedad o la sociedad incorporante, la no obtención de garantías puede afectar las probabilidades de satisfacción del crédito; por otra parte en esta apreciación que hace el referido tratadista, habla de la utilización oportuna de este derecho de oposición, adelantando de cierta forma el problema que representa la no utilización oportuna de este derecho a la que refiere como consentimiento tácito, pero sin referir a la falta de un criterio temporal para el ejercicio de este derecho, lo que entendemos por plazo.

Entonces con el ejercicio del derecho de oposición lo que se busca es conseguir que los acreedores de las sociedades fusionadas no resulten perjudicados, pero sin que esta protección, ósea el ejercicio de este derecho signifique un obstáculo insuperable para la ejecución de la fusión. Es así que esta institución jurídica se configura como un modelo específico de tutela para proteger a los acreedores, no en si para suspender o detener procesos; por lo que no se puede negar la importancia de la existencia de normas con este objeto

La existencia de esta figura de protección para los acreedores, tiene un objeto central que es como menciona la definición el asegurar la efectividad del ejercicio de su derecho, no permitiendo que el proceso de fusión en si dependa solamente de la voluntad unilateral de un acreedor; pues se podría presentar el caso de la utilización inadecuada de esta figura; entonces al configurarse este derecho en la legislación, este debe estar configurado para que el ejercicio del mismo genere garantías para el acreedor y a la vez no genere perjuicios para la sociedad.

VII. JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

Como ya se ha referido con anterioridad un proceso de fusión puede significar un incremento en la inseguridad para los créditos de los acreedores de las

15 *Idem.*, p. 566

sociedades en fusión, por este motivo se ha dispuesto en la legislación la presencia de mecanismos para defensa y garantía de los derechos de los acreedores a quienes se les otorga el derecho de oposición.

Para comenzar a desarrollar este punto, primero se debe precisar como punto de partida que los acreedores de una sociedad fusionada, una vez completada la operación, en lo que se refiere a su crédito pendiente de pago no deberían quedar ubicados en una situación desfavorable con relación a la que se encontraba en un momento anterior al comienzo del proceso de fusión; entonces se justifica este mecanismo de protección del acreedor cuando la situación de la sociedad fusionada, haga pensar que existe un riesgo para sus intereses.

En este sentido entonces, para los acreedores de las sociedades fusionadas, esta operación podría significar un menoscabo a sus intereses, esto ante la posibilidad de la desaparición o reducción de las garantías directas que poseen o como bien manifiesta el profesor José Sánchez Olivan, *por el debilitamiento de las garantías preexistentes como consecuencia del desarrollo de la operación, así también por la presencia de los acreedores de la otra sociedad que pueden venir a exigir el cobro de sus créditos sobre garantía de los mismos bienes, dentro de estos efectos cabe recalcar dos situaciones concretas que se presentan para el acreedor de una sociedad deudora fusionada. Entonces como producto de la fusión, el acreedor esta ante el cambio de la persona de su deudor, sin que para ello haya sido requerido su consentimiento; en el caso del acreedor de una sociedad absorbente, que si bien no está ante el cambio en la persona de su deudor (sociedad), este último ahora cuenta con un mayor número de acreedores provenientes de las sociedades absorbidas, por lo que podrían ver disminuidas sus oportunidades de cobrar*¹⁶.

Estas diferentes situaciones en las que quedan los acreedores de las sociedades fusionadas, son la motivación de la existencia de esta figura; por lo que el derecho de oposición se presenta así como un instrumento necesario para que el acreedor este realmente protegido.

Dentro de la conceptualización de la justificación del derecho de oposición, surge el debate en lo que refiere a la presencia de un daño efectivo como un elemento necesario para el ejercicio de este derecho; existiendo un cuestionamiento de si es suficiente la presunción de un daño, que indudablemente siempre está presente en un proceso de fusión; a criterio personal la exigencia de la necesaria presencia de un daño efectivo, no afectaría la eficacia de la figura, pero afectaría de cierta forma su carácter preventivo.

16 SANCHEZ OLIVAN, José, *Fusión y Escisión de Sociedades*, Edit. CEF, 2ª Edición, Madrid, España, 2007, p.285.

VIII. PRESUPUESTOS DE HECHO NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DE LA OPOSICIÓN

Para que un acreedor este legitimado para la utilización de este derecho, se deben tomar en cuenta ciertos supuestos de hecho que deben concurrir en su relación con la sociedad en proceso de fusión, estos supuestos pueden variar en su presencia o en su consideración conforme al criterio que sea utilizado por las diferentes legislaciones, pero a manera de puntualizar y conocer estos elementos que son necesarios para entender al propio derecho de oposición como instrumento jurídico vamos desarrollar los siguientes:

8.1. Existencia de un derecho de crédito

Este presupuesto es considerado como esencial para el ejercicio de este derecho, pues supone la existencia de una obligación entre acreedor y deudor; que es necesaria para que un tercero ajeno a la sociedad fusionada como es un acreedor este legitimado para ejercitar este derecho. En lo que refiere a este presupuesto los profesores Luis Javier Cortés Domínguez y Adoración Pérez Troya en su artículo *Derecho de Oposición de los Acreedores a la Fusión de Sociedades* publicado en la revista *Derecho de Sociedades* aclaran lo siguiente: “...*Con ello no quiere decirse que el derecho de oposición se reserve solo a titulares de créditos pecuniarios o dinerarios por más que estos constituyan el supuesto más frecuente de los derechos patrimoniales, por que también se extiende a todos aquellos supuestos en que la prestación debida por la sociedad, tanto consista en un “dare” (dinero o cualquier otra cosa, fungible o no), como en un “facere” o “non facere” sea económicamente evaluable en dinero y, por ello, patrimonialmente realizable y ejecutable o ...*”.¹⁷

No se presenta duda alguna en lo que refiere a la indispensable presencia de una obligación, de un derecho de crédito a favor del acreedor para que el mismo esté facultado para el uso de derecho; reforzando y a manera aclarativa sobre el tema, el precedente concepto citado, es de bastante utilidad para entender que titulares de crédito, o de obligaciones están facultados para recurrir a este derecho, no debiendo limitarse la concepción de derecho a los tipo patrimonial o pecuniario.

8.2. Crédito con una Garantía Adecuada

La figura de la oposición del acreedor al estar configurada como un instrumento de protección para terceros ajenos a la sociedad, como ya se ha afirmado tiene la finalidad de preservar sus derechos, de respaldarlos por medio de la obtención de garantías que sean suficientes y que están de acuerdo con la naturaleza de la obligación de la sociedad y valor de la misma. Sobre este punto de acuerdo a lo

17 CORTÉS DOMINGUEZ, Luis Javier, ... *El Derecho de Oposición de los Acreedores a la Fusión de Sociedades*, Revista de Derecho de Sociedades, España, Edit. Arazandi, 2001, p.45.

señalado por Luis Javier Cortés Domínguez y Adoración Pérez Troya se debe tener en cuenta lo siguiente: "... que la garantía adecuada no es, ni tiene por qué ser, una garantía absoluta, sino, más bien, una garantía proporcionada, esto es, razonablemente suficiente o apropiada, según la experiencia, los usos y el sentir del tráfico"¹⁸

En lo que refiere a esta posición, se debe entender que no puede haber una desproporción en la garantía exigida y el crédito debido, sino que, lo que se debe buscar es la constitución de garantías solo suficientes a objeto de que cumplan su objeto como tal. Con relación a la determinación de si son adecuadas o no las garantías existentes o las garantías que se ofrecen, es en los hechos donde se pueden presentar las discrepancias o controversias entre acreedores y sociedad.

8.3. Tiempo de referencia para determinar los créditos a ser protegidos

Este presupuesto ha sido considerado válido por la doctrina y en diferentes legislaciones, debido a que el momento del nacimiento del crédito, puede determinar si se tiene el derecho o no de oponerse a una fusión.

Introduciendo sobre este aspecto, corresponde referir a aquellos acreedores que un crédito nacido con posterioridad a la publicidad y/o publicación de la fusión, entonces en el momento del nacimiento de su crédito se debiera hacer presente la presunción que los mismos al haber suscrito el crédito después de la publicidad y/o publicación de la fusión ya están en conocimiento de la operación por lo que no les corresponde el ejercicio de esta tutela jurídica.

8.3.1. Créditos anteriores a la publicación del último acuerdo de fusión

Esta posición doctrinal aplicada en algunas legislaciones, parte del criterio de que cuando el crédito ha nacido en un tiempo anterior a la fusión, el titular de este crédito si se encuentra facultado para el ejercicio de este derecho.

En lo que refiere a este aspecto, la limitación de la atribución del derecho de oposición en función del momento del nacimiento del crédito está plenamente justificada. De acuerdo con el criterio de Luis Javier Cortés Domínguez y Adoración Pérez Troya si este derecho se concede como un instrumento de tutela de los acreedores frente a un hecho o acto del deudor, es lógico que solo corresponda a los titulares de créditos constituidos con anterioridad a la fusión, operación que puede significar un cambio de proporciones en la situación jurídica de la sociedad y por ende de las relaciones jurídicas que esta tiene.¹⁹

¹⁸ *Idem.*, p. 52.

¹⁹ *Idem.*, p. 53.

Entonces para la precisión de este momento, se ha presenta la necesidad de determinar el momento preciso en el cual un crédito no puede ser protegido con este derecho y una solución que se ha presentado para este problema es el momento de la publicidad de la fusión, es decir cuando se exteriorizan y se ponen en conocimiento los acuerdos de fusión.

8.3.2. Crédito no vencido a tiempo de la publicación del acuerdo de fusión

Sobre este aspecto en particular los tratadistas Luis Javier Cortés Domínguez y Adoración Pérez Troya señalan que el derecho de oposición, está constituido como un instrumento de tutela de tipo preventivo del derecho de crédito, de modo que una vez vencido este último solo procede exigir su cumplimiento.²⁰

En lo que refiere a este presupuesto que suele ser exigido para tener la facultad de ejercicio de este derecho, el sustento que tiene el mismo va en sentido de que aquellos créditos que se encuentran vencidos o entraron en mora en el momento de la fusión, pueden ser reclamados por otra vía privilegiada, como lo es una acción ejecutiva u otra según corresponda; corresponde entonces ante este supuesto una acción para el pago del crédito, no tanto así como para obtener garantías, sin que eso le impida obtener del juez que sea competente las medidas precautorias para su crédito de la sociedad de la que es acreedor.

8.4. La información como medio de protección a los acreedores.

En la teoría de la fusión, la información juega un papel muy importante durante el desarrollo del proceso, pues debe estar configurada de forma tal que todos los sujetos implicados o interesados en el proceso de fusión puedan tener acceso a la información que necesitan para hacer valer sus derechos. Es así que la información cierta, adecuada y oportuna se constituye en un elemento indispensable para la protección de las personas que tuvieran algún interés que pudiera ser afectado por la operación.

En lo que refiere a la importancia de la información para la oposición, la profesora Luisa María Esteban Ramos indica: "El instrumento fundamental de tutela de los acreedores es el derecho de oposición. Para que este derecho pueda ejercitarse debidamente, es necesario que el acreedor tenga suficientes elementos de juicio que le permitan decidir lo que le resulte más conveniente".²¹

La información sobre el proceso de fusión para los terceros ajenos a la sociedad como son los acreedores se debe efectuar por medio de la publicidad de la fusión,

²⁰ Idem., p. 54.

²¹ ESTEBAN RAMOS, María Luisa, *Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de Protección*, Edit. Arazandi, 1° Edición, Navarra, España, 2007, p. 266.

para que los acreedores tengan los insumos adecuados para tomar una decisión sobre la utilización de este derecho que les asiste como es la oposición.

8.5. Acreedores titulares del ejercicio del derecho de oposición

Sobre este punto en particular, primero se debe tener en cuenta que pueden ejercitar el derecho de oposición todas aquellas personas naturales o jurídicas que sean titulares de un derecho de crédito, contra cualquier sociedad comercial que intervenga en una operación de fusión.

Es la existencia de un crédito, ósea una obligación entre la sociedad y su acreedor la que se constituye en la vinculación que legitima el ejercicio de la oposición; siendo así que aquellas personas que no tienen algún derecho de crédito con la sociedad fusionada, no pueden acudir a la tutela que proporciona esta figura legal.

8.5.1. Acreedores titulares de créditos nacidos y no vencidos a tiempo de la publicación del acuerdo de fusión

Sobre el reconocimiento de la titularidad de los acreedores para el ejercicio del derecho de oposición, este se presenta con diferencias entre diferentes legislaciones aunque en algunos casos se suelen presentar criterios comunes.

Uno de los criterios aceptados por la doctrina y aplicado en algunas legislaciones, es que disponen de legitimación para el ejercicio de este derecho los acreedores cuyo crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de fusión, además de tratarse de créditos no vencidos en el momento de la publicación.

8.5.2. Acreedores con o sin garantías para su crédito

Sobre este punto, referido a la legitimación de este derecho a favor de acreedores cuentan o no con una garantía. Se entiende que si un crédito cuenta con una garantía apropiada, la oposición a la fusión no tiene razón de ser, pues el acreedor no ve afectada su posibilidad de cobro del crédito como producto del desarrollo de la fusión. Adicional al criterio señalado se presenta el criterio de valoración sobre que es una garantía adecuada o apropiada, es ahí donde se generan diferentes criterios, entre los que se presenta uno que considera que si el patrimonio de la sociedad es suficiente, el acreedor estaría adecuadamente garantizado.

Reforzando esta apreciación Luisa María Esteban Ramos cita el siguiente criterio del Tratadista J. Massaguer: "Lo que sí está claro, es que si el derecho de oposición se traduce en un derecho a obtener garantías, no es necesario concedérselo a quien ya dispone de una adecuada" ²²

22 *Idem.*, p. 277.

Por otra parte en lo que se refiere a una garantía insuficiente, se debe entender que esta insuficiencia de la garantía no puede ser de origen es decir en el surgimiento de la propia obligación, pues si ante esta situación existiera legitimación para el ejercicio de la oposición, nos encontraríamos con que se le daría un uso inadecuado, para corregir una situación que no emerge del proceso de fusión.

8.6. Plazo para el ejercicio del derecho de oposición

De manera general entendemos por plazo el término o tiempo señalado para la realización de un determinado acto. Es de suponer que el plazo para el ejercicio de este derecho, comienza a correr a partir de que los acreedores han tomado conocimiento de la existencia del proceso de fusión, entonces se configura la información como fundamental para poder oponerse de forma adecuada a la operación; lo que se debe tener claro es que la presencia de un plazo para el ejercicio de la oposición va en beneficio de sociedades y acreedores, por lo que se puede afirmar que la existencia de un plazo para que el acreedor social pueda oponerse al proceso de fusión debe considerarse de estricta necesidad y este plazo debe ser fijado por ley.

IX. EFECTOS DERIVADOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPOSICIÓN

Los efectos emergentes del ejercicio del derecho de oposición pueden variar de acuerdo a lo previsto por cada legislación que contempla este derecho sobre todo en los efectos con el que hayan sido configurados por parte del legislador, que de manera genérica vamos a mencionar:

9.1. Suspensión de la operación de fusión

La suspensión como efecto del ejercicio del derecho de oposición es un efecto que no está presente en la generalidad de las legislaciones, su fundamento consiste en la necesidad de prevención, de que la fusión pueda llegar a concretarse, afectando los derechos de los acreedores. Es decir que producto de una oposición formulada contra el proceso de fusión este se suspende hasta la resolución de la controversia; sobre el alcance de este efecto los tratadistas Cortés Domínguez y Pérez Troya precisan un supuesto que se puede presentar que diferencia a la oposición a la transformación de la oposición a la fusión e indican: "A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de reducción de capital, en los de fusión los efectos de la oposición no se circunscriben a la sociedad deudora, sino que, como es obvio, se extienden también a las demás sociedades participantes de la operación".²³

23 CORTEZ DOMINGUEZ, Luis Javier Op.cit. p. 61.

Es así que la oposición efectuada por el acreedor de una sola sociedad, también afecta y repercute en la otra sociedad que no tiene relación alguna con el referido acreedor; por que la fusión es una operación que requiere el concurso de dos o más partes, según sea el caso. Se debe aclarar también que existen legislaciones en las que la formulación de una oposición no detiene el desarrollo de la operación de fusión.

9.2. Garantía para el derecho de crédito

En lo que refiere a este efecto se puede afirmar con meridiana claridad que es el objeto en si del derecho de oposición y que está presente en la totalidad de los sistemas de protección a priori de acreedores; Es así que con la entrega de una garantía la oposición cumple su objeto e incluso genera el levantamiento de cualquier suspensión que pese sobre la fusión.

Si bien para que se cumpla con este efecto solo es necesario que el acreedor preste su conformidad con la garantía que se ofrece, ocurre también que se puede presentar un desenlace no tan llano, puesto que aquí se presenta la probabilidad de que la sociedad presente una garantía que no sea adecuada a criterio del acreedor; reconociéndose generalmente la potestad que tiene este ultimo de aceptar o no la garantía que se le ha ofrecido. También es necesario aclarar que para superar este punto, no se debe considerar que la prestación de garantías es lo único que puede levantar la oposición, pues esta puede ser levantada a voluntad del acreedor ante como resultado de acuerdos con la sociedad que no necesariamente representen la prestación de una garantía en sentido estricto, sino que también se puede aceptar otras medidas que a juicio del acreedor le den mayor seguridad.

En lo que refiere al pago de una deuda por parte de la sociedad a su acreedor esta no constituye una garantía, pero si constituye una forma de extinción de la obligación que legitimó al acreedor para oponerse a la fusión.

X. RECHAZO Y CONTROVERSIAS SOBRE LA OPOSICIÓN

Como la oposición efectuada por el acreedor es producto de una acción efectuada por su deudor que a juicio del primero compromete sus posibilidades de ser satisfecho en su crédito; la oposición suele formularse ante la misma sociedad en proceso de fusión; en el caso que la sociedad en fusión no acepta como fundada la oposición debido a que a su juicio esta no cumpla con uno de los supuestos de hecho que se requiere para el ejercicio de este derecho, o considere que la garantía ya es suficientemente adecuada puede rechazar la misma o no llegar a un acuerdo con el acreedor.

Ante esta situación generalmente se dispone que la diferencia suscitada sobre la oposición misma o la valoración sobre la suficiencia o no de la garantía existente u ofrecida por la sociedad al acreedor sea resuelta por una autoridad judicial, con la finalidad de que esta se pronuncie sobre el asunto de controversia. Sobre cuál de las partes es la llamada por ley a recurrir a la autoridad judicial, una posición frecuente es que la propia sociedad sea la llamada a recurrir a la autoridad judicial para que dirima la controversia, llegándose a sostener también que la inversión de la prueba corre a cargo de la sociedad, pues es la que tiene mayor acceso a la información sobre su estado económico y tendría que ser la encargada de desvirtuar los argumentos de la oposición.

XI. TRÁMITE DE REGISTRO DE OPERACIONES DE FUSIÓN DE SOCIEDADES COMERCIALES EN EL REGISTRO DE COMERCIO Y LA OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

Con el propósito de conocer en la práctica el desarrollo de los procesos de fusión y como se puede ejercitar el derecho de oposición de los acreedores de las sociedades comerciales en procesos en fusión, es necesario precisar en determinados aspectos del trámite de registro del proceso de fusión en el Registro de Comercio; es así que uno de los aspectos más relevantes dentro de este procedimiento debe ser la publicidad de la fusión.

En esta instancia y sobre este aspecto en particular los requisitos que exige FUNDEMPRESA como concesionario del Registro de Comercio se encuentran detallados dentro del Manual de Procedimientos de trámites del Registro de Comercio de Bolivia; en este manual corresponde a la fusión el trámite signado con el número 10 y de acuerdo a este trámite, el único instrumento de la operación de fusión que debe ser publicado es el testimonio de la Escritura Pública del Acuerdo Definitivo de fusión, dentro del que puede estar incluido el compromiso de fusión, pues es opcional; entonces la publicación del compromiso de fusión no es un requisito, por lo tanto no es una exigencia.

En lo que refiere al número de publicaciones exigidas del instrumento referido, el Manual de Procedimientos de Trámites exige una publicación en un diario de circulación nacional, esta publicación se constituye en un requisito tomando en cuenta lo establecido por el artículo N° 132 (publicidad) del Código de Comercio que señala: *“Las escrituras constitutivas, las modificaciones y la disolución de sociedades en general, se publicarán por una sola vez en un periódico de amplia circulación nacional, excepto en las asociaciones accidentales o de cuentas en participación. Los interesados deben presentar al Registro de Comercio un ejemplar de la publicación para su verificación y archivo”*.²⁴

24 BOLIVIA, *Código de Comercio*, Op.Cit.,p.53.

Sobre la etapa del proceso en la que se realiza la publicación, se tiene que al ser el testimonio del acuerdo definitivo de fusión el único instrumento que tiene publicidad en el desarrollo de la operación de fusión, esta publicación es una publicación posterior al desarrollo de la fusión, es así que para la etapa de publicación la operación ya fue concluida, se publica entonces en la fase del registro de la operación en FUNDEMPRESA.

Con relación a requisitos exigidos o algún tipo de revisión a los balances especiales de corte que presentan las sociedades en proceso de fusión a FUNDEMPRESA; al ser esta una entidad registral no revisa en el fondo el contenido de los balances presentados en las operaciones fusión, solo revisa aspectos formales y no de fondo; lo que se verifica es que para el registro de la operación de fusión los balances que se presentan sean balances especiales de corte y no balances de apertura o de cierre de gestión anual. Otro aspecto que se revisa en FUNDEMPRESA sobre los balances de la fusión, es que no se presenten discordancias en cifras y se comparan con los registros que tienen en carpetas de la empresa, no se revisa el aspecto netamente contable, lo que significa que no valoran activos, pasivos, utilidades, etc.

En lo que refiere a los requisitos para el registro de los balances especiales de corte, pues es indistinto que lo realice un auditor interno o externo, lo que se exige de forma general a toda empresa este o no en un proceso de de fusión, transformación o cualquier tipo de reestructuración societaria, es siempre tener sus libros contables; pero de acuerdo a lo establecido por el D.S. N° 22274 de 1 de agosto de 1989 y a la Resolución Ministerial N° 1384/89 de 10 de octubre de 1989 del Ministerio de Finanzas es que el documento contable lleve una solvencia profesional del colegio de auditores, contadores, administradores o economistas.

En el caso de las sociedades anónimas estos balances deben estar suscritos por el contador o empresa de contabilidad que elabora el balance, el representante legal y el síndico de la sociedad.

En lo que se refiere a la presentación de requerimientos adicionales como notas de comunicación a socios o acreedores a objeto de anotarlos con la operación de fusión, el concesionario del Registro de Comercio, para el registro de una operación de fusión, solo se solicita lo que está señalado en el Trámite N° 10 del Manual de Procedimientos de Trámites del Registro de Comercio de Bolivia; y el manual de referencia no solicita documentación de esa naturaleza o comunicaciones a terceros sobre la operación de fusión.

En el trámite N° 10 de registro de fusión (formulario 31/03) en el punto N° 4 se dispone que debe haber una cláusula dentro del acuerdo definitivo en la que expresamente se señale haber dado cumplimiento al inciso 2) del artículo N° 406 del Código de Comercio; pero al regirse FUNDEMPRESA en cuanto a los

requerimientos de documentación solo a los se señalan en el manual, entonces no se pide lo que no está contemplado en el Código de Comercio y en el Manual de Procedimientos de Trámites del Registro de Comercio de Bolivia, por lo que la sola referencia textual de haber dado cumplimiento al inciso 2) del Art. 406 en una cláusula dentro del acuerdo definitivo de fusión es suficiente para el Registro de Comercio. Adicionalmente a esto hay que señalar que en esta referencia textual se suele hacer constar algún medio o forma de comunicación a socios y acreedores.

XII. ELEMENTOS NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LA OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES DE SOCIEDADES COMERCIALES EN PROCESO DE FUSIÓN Y LA OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES A LA FUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Como se ha afirmado anteriormente, para un completo y adecuado ejercicio del derecho de oposición de los acreedores de las sociedades comerciales en proceso de fusión, se requiere que la legislación comercial a tiempo de regular esta figura jurídica, tenga previsto determinados elementos y supuestos como los siguientes: la existencia de créditos anteriores a la publicación de la fusión, créditos no vencidos al momento de la publicidad de la fusión, la debida información y/o publicidad de la fusión, plazos para el ejercicio de este derecho y efectos de la oposición ante la fusión.

En nuestro país las operaciones de fusión se desarrollan dentro del marco de lo establecido en el Código de Comercio D.L. N° 14379 y en el proceso de su registro dentro lo indicado por el Manual de Procedimientos de Trámites del Registro de Comercio de Bolivia.

Entonces, como se ha evidenciado anteriormente el derecho de oposición en operaciones de fusión en Bolivia es un mecanismo previo a que se opere la fusión por que su ejercicio está configurado para la etapa preliminar del proceso, pero su publicidad en un sentido material es posterior al desarrollo de la operación esto debido a que el único instrumento que se publica es el testimonio de la escritura pública de fusión, de modo entonces que los acreedores deben tener otra forma distinta a la publicidad para conocer de la operación de fusión y así poder hacer valer sus derechos.

Por otra parte en el caso de empresas de sectores no regulados queda claro que la única instancia del poder público que conoce del desarrollo de una fusión es el Registro de Comercio, ahora administrado por FUNDEMPRESA y esta entidad se constituye en una instancia netamente registral; entonces solo atiende aspectos que casi en su totalidad son formales, pues no exige publicidad previa, no revisa

el contenido de fondo de los balances²⁵, no exige mayores constancias sobre el cumplimiento del numeral 2 del artículo 406 del Código de Comercio, por que la propia norma ósea el Código de Comercio no lo establece.

En lo que refiere al punto 4º del Trámite N° 10 del Manual de Procedimientos de Trámites del Registro de Comercio de Bolivia²⁶ aprobado por la Superintendencia de Empresas ahora Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (AEMP) en plena vigencia, este señala que debe haber dentro el Testimonio de Escritura de Acuerdo Definitivo de Fusión una clausula que señale expresamente que se dio cumplimiento al numeral 2 del artículo 406 del Código de Comercio, esto significa haber elaborado balances de fusión y haberlos puesto a disposición de socios y acreedores; esta exigencia del proceso de registro de la operación de fusión es de cumplimiento obligatorio, lo que significa que la referida clausula debe estar incluida en el testimonio de la escritura de acuerdo definitivo de fusión, pero no acredita ni garantiza de manera alguna que los acreedores hayan tenido conocimiento de la fusión, hayan sido debidamente notificados y hayan revisado el balance.

En lo que refiere a la elaboración de los balances de fusión exigidos por el numeral 2 del artículo N° 406 del Código de Comercio, este se puede comprobar con la presentación documental del mismo, que también es exigida por el mismo trámite N° 10 en su numeral 2.

Sobre el conocimiento de los socios y/o accionistas y acreedores del balance de fusión y consecuentemente de la fusión misma; exigencia presente en el punto 4º del trámite N° 10, esta no se constituye en garantía alguna de que la empresa haya cumplido el numeral 2 del artículo 406 del Código de Comercio.

No se debe olvidar que el acuerdo definitivo de fusión es básicamente un contrato entre partes y lo que ahí se establece es de cumplimiento obligatorio solo de las partes del mismo; así como lo afirmado por las partes en una cláusula de un contrato sobre el cumplimiento de una norma de orden público puede o no responder a la verdad de los hechos.

A diferencia de la elaboración y presentación obligatoria de los balances especiales de fusión exigida por el código y el manual de referencia que se acredita documentalmente con el propio balance y su presentación, la puesta a disposición de

25 Se debe tener en cuenta que FUNDEMPRESA tampoco es una instancia que debería revisar el contenido de los asientos contables, pues esa no debe ser una función del Registro de Comercio, pero se considera este aspecto en la presente investigación de forma referencial solo en el entendido de la importancia de la información de un balance para el acreedor, del socio o accionista o incluso del inversionista de cualquier sociedad o empresa indistintamente de que esta se encuentre en fusión o no.

26 "Testimonio de escritura pública de acuerdo definitivo de la fusión, sea ésta propiamente dicha o por absorción, en original o fotocopia legalizada legible, que debe contener los aspectos indicados en los num. 1) al 5) del Art. 407 del Código de Comercio, así como debe contener una cláusula en la que expresamente se señale haberse dado cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 406 inc. 2) del Código de Comercio"

los mismos para que los interesados sean socios o acreedores estén a derecho no está garantizada por el procedimiento del trámite N° 10, así como la comunicación a los acreedores sobre la operación de fusión para que estos puedan ejercitar su derecho de oposición no está garantizada por la norma comercial.

En nuestra legislación la publicidad es posterior; pues la misma, dispuesta en el artículo N° 409 (inscripción) se opera en la etapa final del proceso, solo para acompañarla en la inscripción, lo que significa que es posterior a los requisitos preliminares e incluso a la suscripción del acuerdo definitivo de fusión, por lo que no cumple con el objeto de generar un adecuado derecho de información para los terceros

Entonces el único momento de publicidad que presenta una operación de fusión es en su etapa conclusiva, esto debido a que el único instrumento que se publica en el proceso es el acuerdo definitivo de fusión; esta única publicación es realizada al amparo del artículo N° 132 del Código de Comercio que señala que toda modificación debe ser publicada por una sola vez en un diario de circulación nacional, esto significa que cuando la modificación de la sociedad se ha producido, en este caso la fusión recién se publica en un diario de circulación nacional.

Por su parte, el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural como ente rector de la actividad empresarial ante una propuesta del Concesionario del Registro de Comercio para la revisión previa de 15 trámites, ha emitido la Resolución Ministerial MDPyEP/DESPACHO/N° 283/2009 de 31 de diciembre de 2009 de: "Autorización de Trámite de Revisión Previa a la publicación en un Órgano de Prensa – Registro de Comercio", esta Resolución ante el hecho de que muchos de los instrumentos notariales publicados presentados contienen errores los mismos son devueltos para subsanar observaciones, lo que significa una nueva publicación que es un mayor gasto y más tiempo, consideró que se puede evitar esta situación por medio de un control previo por lo que dispone en su artículo 1º: "Aprobar y autorizar el "Trámite de Revisión Previa a la Publicación en un Órgano de Prensa", para ser incorporado en el "Manual de Procedimientos de Trámites del Registro de Comercio" en sus dos artículos que se encuentran en Anexo y forman parte de la presente Resolución".

La Resolución de referencia señala en su Anexo en el punto 7º referido al Trámite N° 10 Fusión de Sociedades señala publicación en una sola oportunidad in extenso del testimonio del acuerdo definitivo de fusión. Esta resolución nos aclara la situación en lo que refiere a la publicación, queda claro que el instrumento que se publica es el acuerdo definitivo de fusión como señala el trámite N° 10 y por una sola oportunidad, lo que se debe tomar en cuenta es que el criterio de la Resolución revisada es que no se debe duplicar gastos y esfuerzos en el trámite, pero no se considera ni se toma en cuenta una publicidad que tenga por objeto anunciar a

los interesados sean terceros ajenos o no, constituyéndose esta situación en una deficiencia de la regulación de la fusión en Código de Comercio que en los ocho artículos que le dedica a esta figura jurídica omite este importante elemento.

Como se puede evidenciar la oposición regulada en el Código de Comercio, no contempla determinados elementos importantes para el adecuado ejercicio de este derecho a favor de los acreedores, consecuentemente no otorga las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho por parte de sus titulares; entonces este instrumento jurídico de protección de los derechos e intereses de los acreedores sociales de las sociedades en proceso de fusión, para que pueda proporcionar una tutela adecuada, requiere de una regulación apropiada que considere criterios como la debida información, la temporalidad, los plazos, la legitimación de su ejercicio y los efectos que produce en el proceso de fusión, criterios omitidos por la legislación Boliviana.

Se debe buscar garantizar el ejercicio efectivo de este derecho de oposición de los acreedores sociales a la fusión, consagrado en el código de comercio boliviano por medio de una adecuada regulación del mismo garantizando una debida información por medio de la publicidad, una legitimación adecuada para el ejercicio de este derecho, sin proponer normas que entorpezcan el desarrollo del proceso de fusión.

LA PUBLICIDAD DESLEAL EN LA COMPETENCIA
EN EL ÁMBITO DIGITAL: PUBLICIDAD DENIGRATORIA,
CONFUSIONISTA Y COMPARATIVA

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 90-111



David
LÓPEZ
JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de noviembre de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 29 de noviembre de 2012

RESUMEN: Los anuncios difundidos en el mundo virtual buscan incrementar la contratación de los bienes y/o servicios ofertados, atrayendo al potencial consumidor y/o usuario de un determinado producto hacia esa marca, disuadiendo que contrate con un competidor. Para que tal comportamiento empresarial sea beneficioso, para el tráfico en general, la alegación publicitaria debe realizarse respetando el principio de la buena fe. En este artículo nos referiremos a tres casos de prácticas comerciales desleales, desde la óptica del ordenamiento jurídico español, que son: la publicidad denigratoria, la publicidad confusionista y la publicidad comparativa.

PALABRAS CLAVE: Desleal, España, Europa, Publicidad, Red.

ABSTRACT: The advertisements broadcasted in the virtual world aim to increase the contract of the goods and/or services offered, attracting potential consumers and/or users of a determined product towards that brand, discouraging contracts with any other competitor. But to be beneficial this corporate behavior, the advertising promotion must be conducted respecting the principle of good faith. In this paper we will refer to three cases of disloyal trade practices from the perspective of the Spanish legal system, namely: the derogatory advertising, the confusionist advertising and the comparative advertising.

KEY WORDS: Unfair, Spain, Europe, Advertising, Web.

SUMARIO: 11. Introducción. 2. La regulación de la publicidad digital. 2.1. Delimitación de carácter positivo y negativo. 2.2. Notas inherentes. 2.3. Una mirada, sobre su proyección, desde el contexto internacional. 3. Modalidades de publicidad desleal de carácter digital en la competencia. 3.1. La publicidad denigratoria. 3.2. La publicidad confusionista. 3.3. La publicidad comparativa..

I. INTRODUCCIÓN

Se han formulado numerosas definiciones en relación a la publicidad. Sin ceñirnos a un concepto estrictamente legal, podemos manifestar que tal fenómeno puede básicamente definirse como un proceso que se sirve de los medios de comunicación masiva con la finalidad de dar a conocer un bien y/o servicio con diversos objetivos. Así, entre otros, cabe referirse al hecho de atraer la atención, aumentar el deseo y/o la voluntad de la persona a la que se dirige, para que la misma contrate el producto anunciado.

Para cumplir las funciones que le son inherentes, la publicidad debe disfrutar de un alto nivel de confianza por parte del consumidor y/o usuario con carácter general. A tal fin, es necesario que la misma sea fundamentalmente veraz, legal, honesta y leal. La mala publicidad -que no cumpla todos o alguno de los mencionados caracteres-, aunque represente una porción minúscula, respecto al conjunto total, irá socavando la confianza del consumidor y toda publicidad acabará, de una u otra manera, sufriendo las desfavorables consecuencias. Por ello, en beneficio de toda la sociedad, para que no acontezca este último extremo, es preciso que la publicidad, en general, esté regulada. Existen dos opciones, que no son excluyentes, sino complementarias, a saber: la regulación normativa –o heterorregulación- y la autorregulación –o disciplina de la propia industria-.

La finalidad de los anuncios difundidos tanto en el mundo tradicional como en el virtual es incrementar la contratación de los bienes y/o servicios ofertados, atrayendo, de esta manera, al potencial consumidor y/o usuario de un determinado producto hacia esa marca y, en consecuencia, disuadiendo que contrate el bien y/o servicio

• David López Jiménez

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España) con nota media de sobresaliente. Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla (España) con sobresaliente cum laude por unanimidad del Tribunal. También es Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos (España) con idéntica calificación. Es Premio Extraordinario de Doctorado. Ha realizado, con beca completa, postgrados universitarios en distintas Universidades de España. Ha efectuado varias estancias de investigación en diferentes países europeos. Es autor de varias monografías, algunas de ellas publicadas por la prestigiosa editorial Thomson Reuters, así como de numerosos artículos. Parte integrante de comités científicos y consejos editoriales, además de revisor de revistas nacionales y extranjeras. Miembro de proyectos de investigación, ponente de Máster y conferenciante en congresos nacionales e internacionales. También ha sido director de varias tesis de master y doctorado. En la actualidad, es profesor investigador, a tiempo completo, en la Universidad Autónoma de Chile (Chile).

de un competidor. Para que tal comportamiento empresarial sea beneficioso, para el tráfico en general, la alegación publicitaria debe realizarse respetando el principio de la buena fe –art. 4.1 de la Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD)-. A continuación, nos referiremos, en el ámbito digital, a tres casos de prácticas comerciales desleales desde la óptica del ordenamiento jurídico español: la publicidad denigratoria –art. 9 de la LCD-, la publicidad confusionista –art. 11 de la LCD- y la publicidad comparativa –art. 10 de la LCD-.

Las acciones puestas en práctica, por el legislador español y/o por los sistemas de autorregulación, frente a estos comportamientos realizados en la Red, ostentan una gran relevancia, en términos de saneamiento del mercado y de refuerzo de la confianza de los consumidores, ya que pueden constituir un medio, a disposición de algunos prestadores de servicios, para sesgar las reglas de la competencia, a través de una sobrevaloración de su propia empresa, o incluso, qué duda cabe, denigrar deslealmente a un competidor.

2. LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DIGITAL

La publicidad en Internet, a pesar de la profunda crisis económica imperante, está protagonizando un crecimiento muy significativo. Asimismo, Internet es uno de los medios más consumidos en la actualidad –lo que, naturalmente, es extensible a la publicidad-. El desarrollo de este último, como nuevo medio de difusión masiva de contenidos, se erige como una realidad incontestable, con todos los visos de seguir experimentando un incremento exponencial en los próximos años.

2.1. Delimitación de carácter positivo y negativo

La publicidad es un instrumento competitivo², de los más significativos de la sociedad contemporánea³, que los operadores económicos utilizan en el tráfico para promover la contratación sobre los bienes y/o servicios que ofertan en el mercado⁴. Es un claro ejemplo de información asimétrica⁵. También ha de repararse

- 1 La publicidad desleal representa el medio más propicio de manifestación de la competencia desleal. A este respecto, tanto la doctrina española –LEMA DEVESA, C. (1991) “La publicidad desleal: modalidades y problemas”, *Revista General del Derecho*, núm. 562-563, pp. 6135 y sigs.; MADRENAS, C. (1990) *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Civitas, Madrid, p. 118- como la jurisprudencia española –así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 30 de mayo de 1992 (RJ 1992/4832) y Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid de 21 de diciembre de 2005 (JUR 2006/64549)-.
- 2 ROMERO GIMÉNEZ, M. (1995) “Publicidad engañosa”. En *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 163 y sigs.
- 3 ALPA, G. (1986) *Diritto privato dei consumi*, Il Mulino, Bolonia, p. 123.
- 4 FERNÁNDEZ NOVOA, C. (1968) “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 107, Madrid, p. 14; DE LA CUESTA RUTE, J.M. (1985), *Lecciones de Derecho de la Publicidad*, Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, pp. 32 y sigs.
- 5 La exigencia de que la información sea veraz permite reprimir las expresiones publicitarias que incluyen alegaciones falsas, suponiendo, de este modo, un abuso de la asimetría en la información entre anunciante y receptor del mensaje comercial. Sobre este particular, MORALES MORENO, A.M. (1988) “Información

en que la publicidad no sólo expone los caracteres de los productos y/o servicios, sino que va más allá. En efecto, se configura como un medio que transmite, inculca y exalta determinados valores y pautas de conducta estimados como la base común de la conciencia colectiva⁶.

Tal actividad no solo es información⁷ –ni siquiera hoy tiene el máximo protagonismo–, sino que prima la persuasión. A través de esta última, el fenómeno publicitario presenta connotaciones de agresividad, dado que, en la actualidad, la competencia económica de los empresarios se realiza a través de la publicidad⁸. La finalidad persuasiva, propia del denominado modo publicitario, como modalidad formal típica de los mensajes publicitarios, menoscaba la objetividad, que es característica de la información, aunque el predominio de una u otra dimensión dependen de la expresión publicitaria concreta. En esta línea, cierto sector de la doctrina apunta que, frente a los mensajes puramente informativos, la comunicación publicitaria actual va unida a una intensa actividad creativa⁹.

La remisión de comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos debe reputarse publicidad. Es visible, por consiguiente, el desplazamiento del término “publicidad” por el de “comunicación comercial”, pero dotando a éste de un significado muy próximo al tradicional de publicidad¹⁰. Podría, en este sentido, considerarse que el recurso al término “comunicación comercial” obedece al deseo del legislador de ensanchar el concepto de referencia, propiciando, de esta manera, la regulación y el control de nuevos fenómenos promocionales que podían encontrar en el nuevo escenario de la publicidad interactiva un ámbito de desarrollo particularmente favorable. En todo caso, aunque el término publicidad se menciona en el apartado 2.i) del anexo de la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante LSSI-CE), el que se define es el de comunicación comercial¹¹ –del mismo modo que en la Directiva europea de comercio electrónico–.

publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8 de la LGCU)”. En *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, p. 680.

6 TATO PLAZA, A. (1994) “La explotación publicitaria de los sentimientos y el derecho de la competencia desleal: el caso “Benetton””, *Derecho de los Negocios*, núm. 44, pp. 13-17.

7 La parcela informativa de la publicidad, aunque sea mínima, debe reconocerse.

8 BEATER, A. (2000) “Zum Verhältnis von europäischen und nationalen Wettbewerbsrecht (Überlegungen am beispiel des schutzes vor irreführender werbung und des verbraucherbegriffs)”, *GRUR Int.*, pp. 965 y 966; SPANG, K. (2005) *Persuasión. Fundamentos de retórica*, Eunsa, Pamplona, pp. 167 y 168.

9 BASSAT, L. (2003) *El libro rojo de la publicidad*, Planeta, Barcelona, p. 50.

10 BODEWIG, T. (2000) “Electronischer Geschäftsverkehr und Unlauterer Wettbewerb”, *GRUR Int.*, p. 476, considera que se trata de una aportación de dudosa eficacia.

11 Dicho concepto de comunicación comercial es objeto de reiteración, en lo sustancial, en el art. 2.a) de la Propuesta de Reglamento Europeo, de 4 de octubre de 2001, relativo a las promociones de ventas en el mercado interior.

En este sentido, de acuerdo con el anexo f) de la LSSI-CE, podemos definir comunicación comercial electrónica como “toda forma de comunicación¹² dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”¹³. Como puede deducirse, la citada norma contempla una acepción positiva y otra negativa de comunicación comercial.

En cuanto a la primera –de carácter positivo-, cabe señalar que incide en la labor de promoción que el anunciante opera, respecto a ciertos productos o servicios, en el ejercicio de su actividad comercial virtual, lo que supone una comunicación entre el anunciante y el receptor de la publicidad –destinatario que podrá ser individual o colectivo, dado que la definición no exige que el mensaje necesariamente se dirija a una pluralidad de personas-. Ha de advertirse que tales actuaciones deben respetar no solo las previsiones establecidas en la LSSI-CE, sino también las normas imperantes en materia publicitaria y comercial¹⁴. Interesa poner de manifiesto que el precepto que analizamos, trae causa del art. 2.f) de la Directiva comunitaria de comercio electrónico que, a su vez, coincide, de manera sustancial, con la operada por el Libro Verde de la Comisión Europea sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior.

Se trata de una delimitación enormemente amplia, dado que incluye toda modalidad de publicidad virtual con independencia del formato del mensaje comercial –audiovisual, gráfico y/o sonoro-. De igual modo, en la definición que analizamos, tendrían cabida tanto las actividades publicitarias electrónicas de carácter colectivo –cual, por ejemplo, es el *banner*- como las actividades de marketing directo¹⁵ –como un correo electrónico-. En todo caso, la finalidad del mensaje debe

12 El recurso a la expresión “toda forma de comunicación” constituye un claro acierto. En efecto, las nuevas técnicas de comunicación –que, en el espacio digital, avanzan a un ritmo imparable-, dan lugar a nuevos formatos publicitarios.

13 La primera norma española que delimitó este tipo de publicidad presentaba carácter autonómico. Se trata del art. 1.3.e) de la Ley española 5/1997, de 8 de julio, por la que se regula la publicidad dinámica en las Islas Baleares, que la definió como aquella actividad consistente en “el envío de mensajes publicitarios mediante comunicación telefónica, por fax o a través del llamado correo electrónico”.

14 Cabe, entre otras muchas, destacar la Ley española 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; Ley española 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Real Decreto Legislativo español 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias –especialmente significativa, a nuestros efectos, resulta el art. 19.1-; y, por último, Ley española 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

15 El marketing directo representa una de las actividades de comunicación de la empresa que mayor crecimiento ha protagonizado en los últimos años.

ser la promoción de bienes y/o servicios o la imagen de la empresa –esta última constituye la denominada publicidad corporativa-. Tal presupuesto determinará que excluyamos del carácter de comunicación comercial al menos tres modalidades de mensajes. En primer lugar, los mensajes difundidos en Internet con una finalidad puramente informativa. En segundo lugar, la publicidad institucional¹⁶ cuya finalidad sea el fomento de ciertas conductas solidarias –piénsese, por ejemplo, en la donación de órganos-. Y, en tercer y último término, la propaganda política o religiosa que persiga la adhesión de la población a una determinada creencia política o religiosa.

Muy relacionada con la peculiar finalidad de la publicidad en Internet, a la que hemos hecho referencia, se encuentra la exigencia de que la misma se desarrolle en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Tal previsión representa una cuestión significativa, ya que, como es sabido, tanto en el mundo físico como en el virtual, pueden realizarse campañas comerciales que no tengan como finalidad fomentar el consumo de bienes y/o servicios, dado que, a título de ejemplo, pueden promover la moderación en el consumo o ciertos fines de carácter social general.

Ahora bien, a pesar de la amplitud de la definición que estudiamos, existen, además de la restricción negativa –a la que seguidamente nos referiremos-, ciertas limitaciones, pues es preceptivo que los mensajes comerciales sean realizados en beneficio de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. A efectos de la normativa que examinamos, únicamente estos últimos podrán ser reputados anunciantes. Este extremo determina que los mensajes de compraventa entre particulares difundidos en la Red no estén sometidos a la LSSI-CE, sino al Código civil español -Cc-.

Respecto a la acepción de carácter negativo, debe indicarse que alude a aquella actividad en el entorno telemático que, aunque tiene por finalidad tanto la promoción de productos y/o servicios como la potenciación de la propia imagen de la empresa, no merece la consideración de publicidad porque no se realiza en el contexto de una comunicación entre el anunciante y el público destinatario. En este sentido, no deberían, a título de ejemplo, ser reputadas como comunicación comercial los sitios **Web** en los que se recojan comunicaciones comerciales sobre una determinada empresa, sus productos y/o servicios, siempre y cuando la información tenga su

16 Algunas normas, dada la enorme amplitud del concepto de publicidad, facilitan la aplicación de su articulado a esta modalidad publicitaria. Así, por ejemplo, el art. 2.f) del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, de 5 de mayo de 1989, y el art. 3.c) de la Ley española 25/1994, de 12 de julio, que incorpora la Directiva de Televisión sin Fronteras. Por otro lado, debemos señalar que la publicidad institucional está regulada por la Ley española 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, que establece el marco normativo en el que deben desarrollarse las campañas institucionales promovidas o contratadas por la Administración General del Estado y por las demás entidades integrantes del sector público estatal. También debemos mencionar la Ley española 7/2003, de 20 de marzo, de Publicidad Institucional de la Comunidad Valenciana; Ley española 16/2003, de 24 de marzo, de Publicidad Institucional de Aragón; Ley española 6/2006, de 20 de junio, de Comunicación y Publicidad Institucionales de Asturias; y la Ley española 18/2000, de 29 de diciembre, de Publicidad Institucional de Cataluña.

origen en un tercero. La normativa legal imperante, como vimos, demanda que dicha información se haya elaborado de manera independiente de la empresa. Tal exigencia parece razonable, pues, en caso contrario, estaríamos ante un supuesto de publicidad encubierta y, por tanto, ilícita. Esta modalidad acontecería cuando el mensaje publicitario no se presentase como tal, sino con un carácter informativo.

En todo caso, la norma que comentamos excluye de la consideración de comunicaciones comerciales electrónicas los nombres de dominio. Estos últimos son direcciones que nos permiten acceder al sitio **Web** de una determinada empresa, organización o persona, desempeñan la función de identificación de la empresa en la Red, así como de los bienes y/o servicios de la misma. Dado que los nombres de dominio, *a priori*, no promocionan la contratación de los productos ofertados por una empresa no pueden ser considerados comunicación comercial. Ahora bien, cabe referirse a dos situaciones cuya exclusión del concepto de comunicación comercial podría resultar discutible. Por un lado, la presencia del nombre de dominio en un determinado sitio **Web** contribuye, qué duda cabe, a la promoción de la imagen de la empresa titular del mismo. Tal hipervínculo puede destinarse a información sobre la empresa, pero también a la difusión de comunicaciones comerciales. De esta manera, el nombre de dominio serviría de enlace hacia un espacio puramente publicitario de la Red. Y, por otro, en el patrocinio electrónico, se incluye, en un determinado sitio **Web**, el nombre de dominio de una empresa, ajena a esa página, a cambio de una contraprestación económica o de otra índole. En todo caso, el legislador español ha optado por excluir los nombres de dominio del concepto de comunicación comercial, aunque determinados supuestos podrían encajar en este último. La razón de tal exclusión probablemente obedece a que la función publicitaria no es propia e inherente a los nombres de dominio, sino que es de carácter indirecto y ocasional.

2.2. Notas inherentes

La publicidad en Internet presenta numerosas ventajas¹⁷ frente a la difusión de publicidad en los medios de comunicación físicos o de carácter tradicional. Así, desde una perspectiva económica, cabe referirse a que se trata de una publicidad más barata. No obstante, pueden existir supuestos en los que, por razón de razones culturales o de otra índole, resulte aconsejable un tratamiento diferenciado de los mensajes publicitarios electrónicos dependiendo del país receptor de los mismos. En otros términos, los anunciantes pueden verse obligados a desarrollar diversos sitios **Web**, según el país destinatario, para adaptar los contenidos a las peculiaridades nacionales o, en su caso, regionales¹⁸.

17 A este respecto, la Exposición de Motivos de la LSSI-CE, alude a diversas ventajas cual la mejora de la eficiencia de las empresas, el aumento de las posibilidades de elección de los usuarios y, qué duda cabe, la aparición de nuevas fuentes de empleo.

18 Nos encontramos ante una manifestación de la denominada “glocalización” –pensar globalmente actuar localmente-. Constituye una especie de variante más compleja de la globalización, porque aún los términos “globalización” y “localización”.

Además, puede ser sensiblemente más eficaz que la difundida en otros canales. Una de las ventajas que Internet presenta, a diferencia de otros medios tradicionales, es, en base a los mecanismos susceptibles de monitorización del comportamiento del potencial consumidor y/o usuario, la posibilidad de lograr el perfil del destinatario de la publicidad en el que se tendrán en consideración sus preferencias. De esta manera, podríamos manifestar, sin incurrir en exageración alguna, que estamos ante el paradigma del denominado marketing directo, dado que la publicidad virtual suele caracterizarse por una elevada personalización, ostentar una alta capacidad de entretenimiento, estar mejor dirigida y ser más eficaz. En numerosos supuestos, además, la publicidad, por la prestación favorable del consentimiento, será menos intrusiva que la difundida en otros medios, sin perjuicio de que, desde hace años, está proliferando el denominado *spam*.

En línea con las consideraciones recientemente realizadas, debe precisarse que, como es sabido, Internet permite establecer una comunicación interactiva con el potencial consumidor y/o usuario, recogiendo numerosos datos a tiempo real, lo que, a su vez, posibilita que se ofrezca un servicio personalizado. En este sentido, debe advertirse una diferencia observable entre la publicidad que analizamos y la realizada en otros medios como la prensa, la radio y la televisión. Esta última, como es conocido, se caracteriza por apoyarse en un diálogo mecanizado, caracterizado por el hecho de que las comunicaciones informativas y persuasivas de la empresa sobre la que versen no se dirigen a un determinado consumidor y/o usuario, sino que lo hacen a una gran masa indeterminada de consumidores potenciales. Dicho en otros términos, el papel del consumidor en los medios de carácter tradicional es fundamentalmente pasivo, ya que no interactúa con el empresario y sólo visiona las comunicaciones comerciales que le dirigen las empresas.

Una última ventaja en la que debe incidirse es el extraordinario crecimiento que, a nivel mundial, están experimentando los usuarios de Internet. Así, en octubre de 2010, se estimaba que la Red de redes contaba con una cifra muy cercana a los 2.000 millones de usuarios en todo el mundo, multiplicando, de forma exponencial, las cifras en diez años —en el año 2.000 había 381 millones de internautas—. Por lo que se refiere a España, cabe poner de relieve que cuenta con una tasa media de penetración del 62.6%, llegando, en el momento actual, a los 29 millones de usuarios. En definitiva, podemos afirmar que, a fecha de hoy, no existe ningún otro medio de comunicación que esté experimentando un crecimiento tan significativo.

2.3. Una mirada, sobre su proyección, desde el contexto internacional

Una de las manifestaciones más significativas que las Tecnologías de la Información y de la Comunicación han supuesto, a nivel empresarial, se observa en la publicidad virtual. Para que esta última sea más eficaz y eficiente, se han puesto en práctica

novedosas técnicas (caracterizadas básicamente por su bajo coste, rapidez y capacidad de llegar a un alto número de usuarios) que tienen como finalidad captar la atención integral de los receptores. Puede, a tal efecto, afirmarse que el sistema de promoción tradicional ha perdido valor en beneficio del virtual.

Toda empresa que, en la actualidad, pretenda perdurar en el mercado competitivo global debe incorporar las nuevas tecnologías en su actividad cotidiana, para estar permanentemente adecuada a las tendencias de venta, a través de los nuevos medios tecnológicos, y poder diseñar estrategias de marketing electrónico. La necesidad de las empresas de mantener los clientes y de estrechar relaciones con los mismos –marketing relacional- determina que aquellas busquen formas de llegar directamente al consumidor individual, personalizando la oferta, constituyendo, de esta manera, novedosos tipos de venta que permiten que las empresas establezcan relaciones continuadas y directas con el mismo, esté donde esté.

En línea con cuanto venimos poniendo de manifiesto, cabe indicar que uno de los aspectos más interesantes que los contratos celebrados con consumidores presentan es, precisamente, el relativo a su período precontractual, es decir, todas aquellas actividades que se desarrollan entre las partes, antes de que otorgue el consentimiento, para la perfección del contrato. En este instante, es relativamente habitual que el consumidor y/o usuario tenga conocimiento de las características esenciales del bien y/o servicio que pueden interesarle, del que, dicho sea de paso, puede estar informado en virtud de la publicidad recibida -tanto a través de canales tradicionales como virtuales-.

A finales del siglo XX, algunos autores¹⁹ determinaron que la publicidad en Internet, cuyo origen se sitúa a principios de los años noventa, constituía una transformación radical del paradigma de marketing, que evolucionó desde un modelo predominantemente unidimensional a otro totalmente interactivo, con relaciones uno a uno personalizadas, que progresivamente está alcanzando más protagonismo.

La publicidad difundida en Internet, según ponen de manifiesto las estadísticas operadas en los últimos años, constituye una actividad en auge. A pesar de la fuerte crisis económica, que desde hace unos años padecemos, la inversión publicitaria en Internet no ha dejado de crecer; siendo, asimismo, las previsiones de futuro, al respecto, muy optimistas. En este último sentido, entre los instrumentos que contribuirán al importante crecimiento de la publicidad interactiva, ocuparán un destacado lugar los **Smartphones**.

19 PEPPERS, D. y ROGERS, M. (1999) *The One to One Manager*, Doubleday, New York, p. 22.

3. MODALIDADES DE PUBLICIDAD DESLEAL DE CARÁCTER DIGITAL EN LA COMPETENCIA

A continuación, nos referiremos, sobre la base del Derecho Español, a las tres modalidades diversas de publicidad desleal que pueden acometerse en la Red. Se trata de la publicidad denigratoria, la publicidad confusionista y la publicidad comparativa.

3.1. La publicidad denigratoria

La presente modalidad publicitaria²⁰, de acuerdo con el art. 9 de la LCD, puede definirse como aquella en la que se realizan o difunden “manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”. Añade, a este último respecto, que no son pertinentes “las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”. En términos similares se pronuncia la norma 21 del código de conducta publicitaria de Autocontrol²¹. Debe, a este último respecto, manifestarse que las herramientas derivadas del fenómeno de la autorregulación despliegan un sugerente complemento de la normativa legal imperante. Antes de entrar en materia, cabe precisar que Autocontrol es el único organismo privado español que ha sido incorporado por la Comisión Europea a su Red Extra-judicial Europea, por cumplir, su órgano extrajudicial de resolución de controversias –el Jurado de la Publicidad²²–, los requisitos y principios de independencia²³, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor; establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los de los litigios en materia de consumo²⁴.

20 La comunicación publicitaria, como comunicación colectiva, se muestra como el canal especialmente adecuado para difundir manifestaciones denigratorias de otro. Lejos de eliminar la competencia, la publicidad contribuye al desarrollo de la actividad competitiva y, en ciertas ocasiones, aviva la competencia económica hasta imprimirle carácter desleal. Sobre todo ello, puede verse ZENO-ZENCOVICH, V. y ASSUMMA, F. (1991) *Publicità e sponsorizzazioni*, Cedam, Padua, p. 32; LARA GONZÁLEZ, R. (2007) *La denigración en el derecho de la competencia desleal*, Thomson Civitas, Navarra, pp. 54 y 55.

21 Tal precepto dispone que “la publicidad no deberá denigrar ni menospreciar, implícita o explícitamente, a otras empresas, actividades, productos o servicios. No se considerarán denigración las manifestaciones recogidas en el mensaje publicitario que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estimarán pertinentes las alusiones a las circunstancias personales del empresario o de su empresa”.

22 Las funciones, la composición y el funcionamiento del Jurado se regulan tanto en los arts. 44 a 50 de los Estatutos de Autocontrol, de 11 de mayo de 1995 –cuya última modificación es de 3 de abril de 2006–, como en el Reglamento del propio Jurado de la Publicidad, de 23 de abril de 1997, cuya última reforma data de 2 de octubre de 2012.

23 Sobre los conceptos de independencia e imparcialidad, GALÁN GONZÁLEZ, C. (2005) *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 19-26.

24 Ahora bien, no faltan reclamaciones administrativas en las que expresamente se alude a la falta de independencia e imparcialidad del Jurado de la Publicidad. En este sentido, la Resolución, de 28 de abril de 2008, de la Comisión Nacional de la Competencia (AC 2008/1775), que desestima el recurso presentado por Ausbank Consumo

De la literalidad de ambas normas, anteriormente enunciadas, puede colegirse que la alegación publicitaria, además de verdadera²⁵ y exacta²⁶, debe ser pertinente²⁷. En otras palabras, ha de ser necesaria, pues, en caso contrario, la publicidad podría ser calificada como desleal. No son pertinentes las referencias a las circunstancias personales del empresario²⁸ –como, entre otras, son la nacionalidad, la ideología y su vida privada- o de su empresa cuyo objetivo sea el desprestigio comercial²⁹.

Los actos de denigración suponen el descrédito comercial de los competidores o de sus productos o servicios. El acto denigratorio, en sí mismo, abarca, además del supuesto de deterioro efectivo del crédito del competidor, el que esas alegaciones sean susceptibles de mermar dicho nombre comercial. En todo caso, resulta preceptivo que el denigrado pueda ser identificado.

La denigración puede acontecer, al igual que en la radio, prensa y televisión, en la Red de redes. Aunque, por el momento, la mayoría de anuncios en los que se ha apreciado la presencia de la misma, por parte de los tribunales y de los sistemas de autorregulación³⁰, han sido difundidos en medios tradicionales –sobre todo la radio y la televisión-, no faltan supuestos que han tenido lugar en Internet³¹.

frente a Autocontrol. A este respecto, Ausbank Consumo entendía que el Jurado carecía de tales caracteres, dado que estaba integrado en la propia estructura de quien crea las normas, ser designado y pagado por Autocontrol.

- 25 Veraz, a tenor de los arts. 9 de la LCD y 20.1 de la Constitución Española, es la información objetivamente verdadera. Sobre esta cuestión, PANTALEON PRIETO, A.F. (1996) “La constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley*, núm. 2, pp. 1689-1695; PERDICES, A.B. (1996) “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1996”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 42, p. 921.
- 26 La necesidad de que las manifestaciones sean exactas supone que las mismas deben provocar en sus destinatarios una representación lo más fidedigna posible de la realidad de las cosas. Resulta exigible una estricta correspondencia entre lo alegado o manifestado y la realidad –veracidad-, así como su correcto entendimiento, por parte de los destinatarios, por encima de lo que se tiene por suficiente para evitar el engaño –exactitud-. Asimismo, la inexactitud debería ser irrelevante si la misma no lleva al engaño al destinatario medio. A este respecto, SALVADOR CODERCH, P. (1987) *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley Libelo*, Civitas, Madrid, p. 51.
- 27 A juicio de OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J. (1994) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 193 y 194, tal expresión equivale a “directamente relacionadas”, por lo que se entiende que las informaciones, para no incurrir en el ilícito, además de verdaderas y exactas, deben tener una relación directa con el objeto de la información.
- 28 Como pone de relieve DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2002) *Curso de Derecho de la Publicidad*, Eunsa, Navarra, pp. 179 y 180, no es lo mismo el crédito comercial que el honor de las personas, a pesar de que las acciones susceptibles de lesionarlos son parecidas en su estructura. El honor de las personas, como es sabido, está protegido por el art. 18.1 de la Constitución Española, así como por la Ley Orgánica española 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Si un acto comercial publicitario intentara lesionar el honor personal de un operador económico aduciendo en el contenido del mensaje alegaciones relativas a sus cualidades subjetivas es una publicidad estrictamente personal que siempre es ilícita por desleal.
- 29 Como en su momento dispuso GARRIGUES, J. (1966) “Publicidad y competencia ilícita”. En *La publicidad y sus fundamentos científicos*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, p. 15, la denigración personal es la más grave de todas, ya que, incluso, puede llegar a representar un delito de injuria o de calumnia. Además, no consiste en aprovecharse indebidamente de la reputación ajena, sino en destruir esta última, para, precisamente, eliminar a un competidor.
- 30 Así, entre otras, en el ámbito de la autorregulación, la Resolución del Jurado de la Publicidad de 18 de enero de 2005, caso “Euskal Irrati Telebista (EITB) vs. Sociedad Española de Radiodifusión (SER)”; y la Resolución del Jurado de 30 de julio de 2007, caso “El Corte Inglés S.A. vs. Media Markt Saturn Administración España S.A.U. “rebajas”.
- 31 Como decimos, para poder calificar un acto de desleal por denigración, es indiferente el medio empleado

Por lo que se refiere a los Tribunales españoles, cabe referirse al caso enjuiciado en la Sentencia del Juzgado 4 de lo Mercantil de Barcelona, de 2 de septiembre de 2010 (AC 2010/1519), en la que se puso de relieve que *Ryanair* –aerolínea de bajo coste- tildó, en la prensa escrita y en Internet, a la agencia de viajes *on-line* Atrápalo de “parásito”, “ladrón”, “estafador” e “inútil”. Por todo ello, se condenó a la citada aerolínea a abonar a Atrápalo, en concepto de indemnización, 40.000 euros³².

En lo que se refiere a los supuestos resueltos en el ámbito de los sistemas de autodisciplina, destacan, entre otras, la Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad³³ de 6 de mayo de 2010, caso Telefónica Móviles España, S.A.U. vs. *The Phone House Spain*, S.L.U. y *Xfera* Móviles, S.A. (YOIGO) “Cada vez somos menos”. La misma se inició por reclamación presentada por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra una publicidad difundida a través de radio, prensa e Internet de la que eran responsables *The Phone House Spain*, S.L.U. y *Xfera* Móviles, S.A. (YOIGO). En relación con el folleto comercial y el *blog* de Internet, en primer lugar, se mostraba una gráfica en la que aparecían resultados de un estudio de mercado entre clientes que se portaron desde Movistar a Yoigo. En el margen superior de la gráfica, se podía observar la siguiente indicación: “¿Qué dicen los clientes que han cambiado de Movistar a Yoigo?”. Seguidamente, se realizaban tres valoraciones. La primera consistía en la alegación: “Un 40% de ahorro en su factura. Los clientes que cambiaron de Movistar a Yoigo dicen ahorrar un 40% de media al mes”; “Un 90% dice tener igual o mejor cobertura”; “89% recomienda cambiar. Los clientes que cambiaron de Movistar a Yoigo recomiendan a sus familiares y amigos”. En el margen

para realizar o difundir las manifestaciones enjuiciadas como denigración. Igualmente, la forma en virtud de la que se produce el desprestigio consecuente al acto denigratorio carece de relevancia -imputación de hechos, revelación de datos, difusión de noticias, formulación de juicios, afirmaciones implícitas o explícitas, simples imágenes-, dado que cualquiera de ellas puede resultar apta para constituir un acto de competencia desleal. El acto denigratorio, asimismo, comprende tanto la modalidad de manifestación de carácter informativo como aquellas otras de carácter evocativo, cuando se asocia la persona, prestaciones, actividad o establecimiento afectados a una determinada imagen o idea.

- 32 Igualmente, a comienzos de abril de 2012, la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso que *Ryanair* presentó contra el fallo de julio de 2010 de un Juzgado mercantil de Barcelona que ordenaba a la compañía aérea dejar de proferir manifestaciones denigratorias contra agencias *on-line* como *Lastminute*. La sentencia del Juzgado mercantil número 7 de Barcelona consideraba que *Ryanair* había cometido un acto de competencia desleal denigratorio al denunciar que las agencias *on-line* “roban y timan” a los consumidores cobrando “sobrepuestos injustificados” y amenazando, como hizo en 2008, con cancelar los billetes vendidos por estas agencias por Internet. La Audiencia Provincial, en cuestión, coincide con el Juzgado mercantil a la hora de considerar que las manifestaciones de los directivos de *Ryanair* en contra de las agencias *on-line* son inadmisibles e injustificables en cualquier contexto.
- 33 Tal órgano únicamente interviene cuando una controversia está planteada y actúa de acuerdo con un procedimiento reglado según los principios de igualdad de las partes, de audiencia y de contradicción. Aunque es cierto que el Jurado ostenta una dependencia administrativa de Autocontrol de la Publicidad, no es, en absoluto, un órgano suyo. Está formado por expertos de diferentes ramas del saber: Derecho, Economía, Publicidad, Comunicación, Sociología, etc., al que se recurre cada vez en más ocasiones. Cabe precisar que el Instituto Nacional de Consumo participa en la selección del 25% de sus componentes. A pesar de su juventud, el sistema de autorregulación publicitaria creado por Autocontrol se ha convertido en el mecanismo preferente de resolución de controversias en España por encima, incluso, de los tribunales de justicia. Podemos afirmar que el gran protagonista del nuevo sistema español de autodisciplina publicitaria es el denominado Jurado de la Publicidad que se define, en el art. 44.I de los Estatutos de Autocontrol, como un órgano especializado en materia deontológica-publicitaria, dotado de absoluta autonomía e independencia en sus funciones y formado por personas independientes.

inferior surgía el siguiente texto: “Datos procedentes del estudio independiente realizado por FdC Investigación de Mercados sobre la satisfacción de Clientes Yoigo que han realizado previamente una portabilidad de Movistar a Yoigo”. En segundo lugar, aparecía la imagen de un folleto en cuyo interior podía leerse la siguiente indicación: “Deja Movistar, ven a Yoigo y... ¡empieza a ahorrar!”. A continuación, aparecía una comparativa de dos móviles iguales³⁴. Así como un texto legal con las condiciones de la promoción. El Jurado calificó de publicidad comparativa las alegaciones en las que se destacaba el ahorro que declaraban haber obtenido los clientes que se habían pasado de **Movistar** a Yoigo. Ahora bien, dichas alegaciones no se referían a características objetivas de los correspondientes productos o servicios³⁵ y, a través de la alegación “cada vez son menos”, que es impertinente, se incurría en una denigración innecesaria del competidor aludido en la comparación –Telefónica-.

Al hilo de cuanto examinamos, debe advertirse que, de acuerdo con el art. 10.e) de la LCD, la comparación denigratoria se tipifica como un acto de competencia desleal³⁶. En este sentido, se considera desleal la comparación que infrinja lo establecido en el art. 9 de la LCD. De esta manera, si la deslealtad procede de una comparación denigrante, aunque la conducta deba situarse en el marco de aplicación del art. 10.e), la remisión de este último al art. 9, que configura las prácticas denigratorias desleales, conlleva que el control de licitud deba tomar como marco de referencia los elementos que, según este último precepto, conforman la deslealtad concurrencial como acto de denigración³⁷. En cualquier caso, como posteriormente veremos, toda comparación, incluso aquella que podría reputarse lícita, incorpora, por mínimo que sea, un cierto nivel de descrédito³⁸ para el competidor aludido³⁹. Ahora bien, cabe adelantar que únicamente será ilícita la publicidad comparativa que

34 En el móvil de la izquierda se mostraba el siguiente texto: “Si quieres un Nokia 5800 y seguir con Movistar, 220€ y además necesitas 35.000 puntos Movistar. En el móvil que aparece en el margen derecho aparece el texto: “Pero si te vienes a Yoigo con la tarifa del Seis en The Phone House, 0€.Y además con la Tarifa del Seis, 6 cent/min a cualquier operador, a cualquier hora del día, cualquier día de la semana”. Sobre la imagen del móvil observamos un sello con el siguiente texto: “Y además te devolvemos hasta 50€ del consumo de tu factura”. En el margen derecho surge una tabla sobre los puntos requeridos para conseguir el móvil Nokia 5800 con Movistar. Finalmente, en el margen inferior, surgía, de nuevo, el sello con el texto: “Y además te devolvemos hasta 50€ del consumo de tu factura”.

35 Dispone TATO PLAZA, A. (1998) “Breves notas en torno a la Directiva comunitaria sobre la publicidad comparativa y su incidencia en el Derecho español”, *Autocontrol*, núm. 16, p. 25, que el acto de denigración podría escapar del reproche de deslealtad si se apoyara sobre hechos exactos y verdaderos.

36 Para profundizar sobre esta sugerente cuestión, TAPIA HERMIDA, A.J. (1997) “Publicidad comparativa denigratoria y exceptio veritatis (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996)”, *Revista General del Derecho*, núm. 639, pp. 14347-14364.

37 En este sentido, tanto la doctrina española -LARA GONZÁLEZ, R. (2007) *La denigración en...*, cit., p. 145- como la jurisprudencia. A este último respecto, pueden citarse, entre otras, las siguientes resoluciones judiciales españolas: STS de 4 de junio de 2002 (RJ 2002/4978), SAP de Asturias de 18 de febrero de 1998 (AC 1998/244), SAP de Barcelona de 14 de enero de 2003 (JUR 2004/14172) y SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2004 (AC 2004/894).

38 Así, se ha determinado que el concepto de descrédito incluye un ámbito más amplio que el de denigración. Sobre este aspecto, BERRUTI, G.M. (2002) *La concorrenza sleale nel mercato. Giurisdizione ordinaria e normativa antitrust*, Giuffrè, Milán, p. 105.

39 FEZER, K.H. (2005) *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Beck, Munich, pp. 268 y sigs.

sea inútilmente ofensiva⁴⁰, es decir, aquella que genere, de manera innecesaria, un descrédito o denigración superior al que representa toda comparación⁴¹.

Sobre la segunda comparación objeto de reclamación, la relativa a las condiciones de adquisición de un terminal Nokia, apreció que el mensaje que se incluía en letra pequeña en la publicidad que, además es prácticamente ilegible, contenía limitaciones muy relevantes del mensaje principal (relativo a la devolución de hasta 50 euros). Por todo ello, el Jurado estimó parcialmente la reclamación, declarando que la publicidad infringía las normas 14 (veracidad) y 22 (publicidad comparativa) del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol.

3.2. La publicidad confusionista

El segundo supuesto de deslealtad comercial susceptible de realizarse en la Red son los actos publicitarios de confusión. En cuanto a esta interesante cuestión, cabe discernir dos regímenes diversos según el carácter de los destinatarios⁴².

En primer lugar, en el ámbito de las relaciones entre empresarios o profesionales y consumidores, resulta aplicable el art. 20 de la LCD que, como es sabido, se encuentra en el capítulo III de la norma dedicado a las prácticas desleales con consumidores. Tal precepto dispone que “en las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor; siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios”.

Como pone de manifiesto la doctrina⁴³, en virtud de esta norma, dentro de las prácticas comerciales engañosas se han incluido los actos de confusión. A través de tal decisión, se pone de relieve que el riesgo de confusión es una hipótesis concreta del riesgo de engaño. En efecto, el primero puede determinar el error de los consumidores respecto al origen empresarial de los bienes y/o servicios

40 MARTÍN-ACHARD, E. (1988) *La Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD)*, Lausanne, Paris, p. 43; DESSEMONTET, F. (1989) *Concurrence déloyale: textes législatifs et répertoire des arrêts fédéraux et cantonaux*, Lausanne, Paris, pp. 164 y sigs.

41 LEMA DEVESA, C. (1991) “La publicidad desleal: modalidades y problemas”, *Revista General del Derecho*, núms. 562-563, p. 6147; KÖHLER, H. y BORNKAMM, J. (2006) *Wettbewerbsrecht*, 24 ed., Beck, Munich, pp. 181 y sigs.

42 TATO PLAZA, A. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. (2010) *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, p. 138, se muestran críticos con esta dualidad. A su juicio, no debería haberse tipificado un mismo supuesto en dos preceptos distintos en función de sus destinatarios. Tal proceder carece, en su opinión, de justificación. Lo que, en este sentido, debería haberse efectuado es regular los actos de confusión en un solo precepto –art. 6 de la LCD–, de alcance general.

43 TATO PLAZA, A. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. (2010) *La reforma de la Ley de Competencia...*, cit., p. 138.

ofertados. Del tenor de la norma, se deduce que deben concurrir dos presupuestos. Por un lado, debe existir un riesgo de confusión. Este último puede definirse⁴⁴ como la posibilidad de que el público de los consumidores considere que dos productos y/o servicios tienen el mismo origen empresarial –riesgo de confusión en sentido estricto- o de empresas que están vinculadas jurídica o económicamente –riesgo de asociación-. En cuanto a los factores que pueden dar lugar a un eventual riesgo de confusión, la norma alude a “las prácticas comerciales, sus características y circunstancias”. Y, por otro, la práctica comercial ha de ser adecuada para afectar, de manera significativa, el comportamiento económico del consumidor.

Asimismo, debe advertirse que el legislador español, dentro de la lista negra de prácticas que se consideran desleales en sí mismas –art. 21 y sigs. de la LCD-, incluye un caso de práctica engañosa por confusión. Se trata del art. 25⁴⁵ que alude a las hipótesis en las que el riesgo de confusión o asociación se deriva de la imitación de la apariencia externa del producto o de su forma de presentación.

En segundo lugar, respecto a los actos de confusión que se susciten entre empresarios o profesionales, deberán ser analizados a la luz del art. 6 de la LCD. A este último respecto, el citado precepto de la LCD⁴⁶, preceptúa que “se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos”. Seguidamente, añade que “el riesgo de asociación⁴⁷ por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica”. Como puede observarse, el segundo párrafo tipifica la deslealtad de la práctica que inspira el riesgo de asociación que se genera en el receptor de la publicidad respecto al origen de la prestación. Este supuesto incluye tanto la confusión respecto al origen de los signos como el riesgo de asociación propiamente dicho, que implica que el receptor del mensaje diferencia, con cierta claridad, el origen empresarial diverso, pero existe un elemento que le lleva a creer que entre los titulares hay algún tipo de vínculo⁴⁸.

44 PLAZA, A. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. (2010) *La reforma de la Ley de Competencia...*, cit., pp. 140 y 141.

45 Es criticable que la rúbrica del art. 25 de la LCD sea exactamente la misma que la del art. 20 LCD –prácticas engañosas por confusión-. Por un lado, el art. 25 disciplina una única hipótesis específica de las prácticas engañosas por confusión y, por otro, solo es aplicable a las relaciones entre empresarios o profesionales y consumidores. Si tal supuesto de hecho se suscitara en el marco de las relaciones entre empresarios o profesionales habría que enjuiciarlo aplicando los arts. 6 y 11 de la LCD.

46 Aunque la Exposición de Motivos de la LCD señala que se modifica este precepto, la realidad es que no se ha alterado en absoluto.

47 A este respecto, debe indicarse que el riesgo de confusión, al que únicamente se refiere el art. 6.2.a) de la Directiva de prácticas comerciales desleales, incluye también el riesgo de asociación al que se refieren los arts. 6 y 11 de la LCD.

48 Sobre este particular, la STS de 4 de marzo de 2010 (RJ 2010/1454) y 18 de marzo de 2010 (RJ 2010/3910).

Por otro lado, el art. 11 de la LCD⁴⁹ determina que “1. la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley. 2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno⁵⁰. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica. 3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado”.

Para poder calificar un comportamiento como desleal basta con que exista un riesgo de asociación. En otras palabras, es suficiente con que el acto de confusión o la imitación sea adecuada para confundir. Ahora bien, para poder demandar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, el afectado sí habrá de probar la confusión.

El supuesto que comentamos, en el plano de la autorregulación, es objeto de disciplina por la norma 20⁵¹ del código de conducta publicitaria⁵². La misma, en primer término, prohíbe la publicidad que se refiere a signos distintivos ajenos y, en segundo término, la imitación publicitaria. Para que la imitación publicitaria pueda ser reputada injusta o censurable debe inducir a confusión o suponer un aprovechamiento indebido del prestigio ajeno. Se deduce, por consiguiente, que la confusión parece ser un presupuesto de la imitación publicitaria para poder calificarla de ilícita.

En términos generales, puede afirmarse que la confusión representa el supuesto contrario a la denigración. En virtud de esta última, el anunciante tiene como finalidad que sus bienes y/o servicios se diferencien, desmarcándose positivamente, de los que denigra. Por el contrario, en la publicidad confusionista el anunciante persigue

49 El nuevo precepto 11 de la LCD apenas se reforma. De hecho, la única modificación que se realiza, respecto a su versión anterior, es para añadir “profesionales”. En otras palabras, conserva idéntica redacción, si bien, en la actualidad, además de a los empresarios, se refiere a los profesionales.

50 En relación a este extremo, TATO PLAZA, A. (2001) “La protección de las creaciones publicitarias. Análisis de la jurisprudencia y de la doctrina del Jurado de Autocontrol de la Publicidad”, *Autocontrol*, núm. 59, pp. 24 y sigs.

51 Tal norma determina que “la publicidad no deberá contener ni explícita ni implícitamente referencias a los signos distintivos de otro anunciante, fuera de los casos legal o convencionalmente admitidos o de publicidad comparativa aceptable. Los anuncios tampoco deberán imitar el esquema general, texto, eslogan, signos distintivos, presentación visual, música, ni los efectos sonoros de otros anuncios, nacionales o extranjeros, aunque sean de campañas ya concluidas, de tal manera que induzcan a confusión a los destinatarios o signifiquen aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. En la publicidad debe eludirse todo riesgo de confusión”.

52 En relación a esta sugerente cuestión, FERNANDO MAGARZO, M.R. (2008) “La protección de las creaciones publicitarias a través de la figura de la publicidad confusionista, en la doctrina del Jurado de la Publicidad”. En MACÍAS CASTILLO, A. y HERNÁNDEZ ROBLEDO, M.A. (Coords.), *El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, La Ley, Madrid, pp. 197-218.

que el bien y/o servicio que promociona se ponga en relación con el prestigio que ostenta otro operador en el mercado e incluso que pueda considerarse de aquél. En este último supuesto, de acuerdo con el art. 12 de la LCD, estamos ante un caso de explotación de la reputación ajena.

En todo caso, debe advertirse que en la publicidad no siempre está radicalmente prohibido el uso de signos distintivos ajenos. Existen ciertos casos en los que podría estar justificado como serían los anuncios de los empresarios dedicados a la venta de repuestos o accesorios de distintas marcas.

Antes de la modificación operada sobre la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de publicidad –LGP– y la LCD, dada la inseguridad jurídica que imperaba, la doctrina⁵³ entendía que la modalidad publicitaria que examinamos debía tratarse como un acto de imitación publicitaria con cuatro subclasificaciones diversas: imitación confusionista, imitación por riesgo de asociación, imitación por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno e imitación por aprovechamiento de la reputación ajena.

Respecto al comportamiento imitativo, debe precisarse que la emulación puede afectar tanto a los signos como a las prestaciones. Para poder llegar a saber si realmente estamos ante un comportamiento imitativo no es suficiente con examinar si los elementos están o no protegidos por un derecho de exclusiva, sino que el análisis debe ir más allá. Esto último supone que haya que valorar la función comunicativa establecida entre el anunciante y el receptor de la publicidad y, de esta manera, determinar si de tal comunicación se deriva un comportamiento desleal.

De todo cuanto hemos manifestado, puede colegirse que, para que el mercado funcione correctamente, las ofertas publicitarias deben estar correctamente diferenciadas y no dar lugar a confusión. Aunque tal extremo puede estar meridianamente claro, en materia de signos distintivos y de prestaciones, puede, no obstante, plantear algunos problemas respecto a las creaciones publicitarias. Sobre esta modalidad publicitaria ilícita se han tenido que pronunciar los jueces y tribunales nacionales, supranacionales⁵⁴ y los propios sistemas de autodisciplina⁵⁵. Como seguidamente veremos, en algunos casos, los supuestos confusionistas también tuvieron lugar en la Red.

53 OTERO LASTRES, J.M. (2007) "Otras modalidades de publicidad desleal: la imitación, la publicidad confusionista y la protección de las creaciones publicitarias", *Revista de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 117, pp. 17-26; IRÁKULIS ARREGUI, N. y LEIÑENA MENDIZABAL, E. (2008) "Publicidad lícita y ética", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 50, p. 109.

54 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de las Comunidades Europeas de 12 de septiembre de 2007 as. *Koipe Corporación, S.L./Oficina de Armonización del Mercado Interior*.

55 Así, entre otras, la Resolución del Jurado de 5 de septiembre de 2007, caso "Media Markt Saturn Administración España S.A.U. vs E. Leclerc".

Se trata, por un lado, de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 12 de marzo de 2007 (JUR 2007/125754). En la resolución se puso de relieve que los demandados –**Grupp** Internacional S.A. y **Panama Jack** S.A.- utilizaron, sin autorización, la imagen, ilustraciones y contenidos de la obra “El Principito” –**Le Petit Prince**- y de la marca internacional 554362 para anunciar su colección de botas para niños mediante anuncios difundidos en revistas, carteles y en el sitio **Web** www.panama.es. El juez consideró que la publicidad reclamada era ilícita, pues se estaba aprovechando indebidamente del esfuerzo ajeno.

Por otro lado, debemos citar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 14 de marzo de 2007 (AC 2007/573). Respecto a la misma, cabe señalar que **Tecnitoys** Juguetes S.A. y **Winkler** Internacional S.A. demandaron a **Electrotren** S.A., y **Hornby** PLC por competencia desleal. En efecto, las demandadas comercializaban en España el juego **Superslot** haciendo mención en su empaquetado, en la revista **Superclub Superslot** y en el sitio **Web** www.superslot.es de la marca **Scalextric**. Se consideró que tales actos suponían una violación de la marca **Scalextric** y un comportamiento desleal, dado que constituían un aprovechamiento indebido de la reputación y del prestigio ajeno.

3.3. La publicidad comparativa

Como previamente pusimos de manifiesto, la dimensión negativa del derecho sobre la marca se extiende al uso de un signo idéntico o confundible, por parte de un tercero, en la publicidad. En este sentido, el art. 34.1.c) de la Ley española 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas preceptúa que el titular de una marca registrada podrá prohibir que los terceros empleen un signo idéntico o confundible “en los documentos confundibles y en la publicidad”. Debe, a este respecto, repararse en que el *ius prohibendi* que ostenta el titular legítimo de la marca no podrá ejercitarse en un supuesto concreto que no es sino la publicidad comparativa. Ésta, de acuerdo con el art. 2.a) de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, puede definirse como “toda publicidad que alude explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor⁵⁶”.

Según tuvimos ocasión de examinar, respecto a las modalidades publicitarias que pueden dar lugar a un riesgo de confusión entre los consumidores, el mencionado art. 20 de la LCD alude a la publicidad comparativa. Ahora bien, tal precepto no se refiere a los requisitos de licitud que debe observar la publicidad comparativa.

56 Debe reseñarse que en la LCD no existe definición al respecto, si bien se alude a la misma en los siguientes términos “comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor”.

En efecto, los mismos son objeto de mención en el art. 10 de la LCD, en el que se suprime cualquier alusión expresa al riesgo de confusión⁵⁷.

La modalidad publicitaria que analizamos, insistimos, debe cumplir con determinados presupuestos⁵⁸. Estos últimos se enumeran en el art. 4⁵⁹ de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa que han sido incorporados al art. 10 de la LCD. Ahora bien, debe apuntarse que, en alguna ocasión⁶⁰, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –TJCE- se ha planteado, si además de tales requisitos, debía exigirse la indispensabilidad, es decir, que en el anuncio comparativo sea indispensable el uso de la marca del competidor aludido. Dejando a un lado tal extremo, debe precisarse que la mayor parte de los presupuestos exigidos buscan evitar el engaño y la deslealtad en la comparación. Si no se respetaran, la publicidad será ilícita por engañosa o desleal, pero no por ser comparativa⁶¹.

En efecto, a nivel europeo, en la actualidad, resulta posible difundir publicidad comparativa en virtud de la cual se haga referencia a los productos de un competidor comparándolos con los propios. Existen, en todo caso, ciertos límites que esta modalidad publicitaria debe necesariamente observar, a saber: el engaño, la denigración⁶², la confusión o la indebida explotación de la reputación ajena.

Los elementos que caracterizan la publicidad comparativa son la confrontación pública, la referencia a uno o varios terceros, el objeto y la finalidad. La referencia realizada respecto a los competidores o a sus bienes o servicios puede efectuarse de manera explícita o implícita. En todo caso, debe ser susceptible de ser identificada por los receptores de la publicidad. Asimismo, debe indicarse que, a la hora de

57 No obstante, como apuntan TATO PLAZA, A. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. (2010) *La reforma de la Ley de Competencia...*, cit., pp. 140 y 141, el régimen jurídico de la publicidad comparativa debería haberse tratado en un único precepto que, a su entender, tendría que haber sido el art. 10 de la LCD.

58 Resultan especialmente sugerentes, en la materia que comentamos, los considerandos decimotercero, decimocuarto y decimoquinto de la Directiva europea 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997, **por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa** que unificó, a nivel comunitario, el régimen jurídico de la publicidad comparativa. Repárese en que los citados considerandos coinciden con los del mismo número de la vigente Directiva europea 2006/114/CE.

59 Debe advertirse que cuatro de los ocho requisitos establecidos en el art. 4 de la Directiva 2006/114/CE, tienen como objeto la protección de la marca del competidor aludido en la publicidad comparativa. Son concretamente los subapartados d) –que no desacredite ni denigre-, f) –que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación del competidor-, g) –que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos- y h) –que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor-.

60 Así, la STJCE de 12 de junio de 2008 en el asunto C-533/06, *O2 Holdin Limited, O2 (UK) Limited, Hutchison 3G UK Limited*. La doctrina presente en la misma es objeto de reiteración, entre otras, de la STJCE de 18 de junio de 2009 *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie/Bellure NV, Malaika Investments Ltd*, en el asunto C-487/07.

61 DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2002) *Curso de Derecho...*, cit., p. 200.

62 La publicidad comparativa resulta denigratoria si fundamenta la denigración en alegaciones que, aunque puedan ser ciertas, no son pertinentes. Por otro lado, la comparativa debe referirse siempre a los bienes y/o servicios.

enjuiciar la publicidad comparativa, ha de tenerse en consideración el lugar que los competidores, así como sus bienes y/o servicios ocupan en el mercado.

La mera alabanza de la oferta comercial⁶³ no debe considerarse publicidad comparativa, sino que tiene que existir una comparación de los bienes y/o servicios.

63 La misma ha de diferenciarse de la auto comparación que implica el contraste de los caracteres o condiciones actuales de la empresa o de sus bienes y/o servicios con los bienes y/o servicios previos. Nos encontramos, por tanto, ante un proceder que, a nuestro juicio, no debería ser valorado desde el prisma de la publicidad comparativa, sino de la publicidad engañosa. Sobre este tipo de comportamientos versa la resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 16 de febrero de 2006, caso Bimbo S.A. vs. Panrico SA. ("Desafío Panrico").



LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN ESPAÑA A RAÍZ DE LA STJUE 14 DE MARZO DE 2013

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 112-129



Javier
VIDAL
ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 04 de abril de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 23 de abril de 2013

RESUMEN: Este artículo analiza la normativa española sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria en casos en que existen cláusulas que podrían considerarse abusivas, y cómo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2003 ha influido en dicho procedimiento, así como en la modificación de la normativa que lo regula.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas, procedimiento de ejecución hipotecaria, consumidor, Derecho Comunitario, apreciación de oficio.

ABSTRACT: This article analyzes the Spanish regulation about the foreclosure proceeding in cases where clauses that may be considered abusive exist, and how the Ruling of the European Court of Justice of 14th March 2013 has influenced on that proceeding, as well as in the modification of the regulation that rules it.

KEY WORDS: Abusive clauses, foreclosure proceeding, consumer, European Union Law, ex officio appreciation.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares: El sistema de ejecución hipotecaria previsto en la normativa española. A) Imposibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria. B) La única alternativa del consumidor: La anotación preventiva de demanda en el contexto de un proceso declarativo distinto al de ejecución. C) Recapitulación. 2) La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013. Análisis de la primera cuestión prejudicial. A) Supuesto de hecho. B) El principio de efectividad. C) La apreciación de oficio de las cláusulas abusivas. 3. Consecuencias de la sentencia sobre la normativa española de ejecución hipotecaria. La proposición de Ley de Medidas Urgentes para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios. A) La posibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas ante el órgano jurisdiccional que conozca del procedimiento de ejecución hipotecaria. B) La apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria. C) Modificaciones de la Ley Hipotecaria. D) Cuestiones de Derecho Transitorio. E) La actuación judicial hasta la entrada en vigor de la nueva Ley: Suspensión de ejecuciones o apreciación de oficio de cláusulas abusivas. F) Acuerdos judiciales en relación a la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas. 4. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL SISTEMA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA PREVISTO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA.

El presente trabajo tiene como objeto mostrar la incidencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, de 14 de marzo de 2013 en el procedimiento de ejecución hipotecaria en España, cuando el contrato de préstamo hipotecario ha sido concertado entre un consumidor y un profesional y contiene cláusulas que podrían considerarse abusivas, lo que podría suponer la supresión o moderación de dichas cláusulas y la integración del resto del contrato (e incluso la nulidad de éste en determinados casos), tal y como se establece en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE de 30 de noviembre de 2007), en adelante TRLGDCU¹.

¹ Hay que destacar que, ante la presencia de cláusulas abusivas, la regla general es la nulidad de estas exclusivamente (nulidad parcial), y no de la totalidad del contrato que las contiene. En este sentido, el artículo 83 del TRLGDCU, en su último inciso, dispone que “Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”. Conviene aclarar también que la existencia de cláusulas abusivas sólo puede ser alegada por un consumidor, y en el supuesto de que contrate con un profesional, teniendo en cuenta que estas se regulan en el TRLGDCU, cuyo ámbito de aplicación se limita a “las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios” (art. 2). El concepto de cláusula abusiva que recoge la normativa española es el siguiente: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (artículo 82.1 del TRLGDCU).

• Javier Vidal Alonso

Javier Vidal Alonso es licenciado en Derecho y en Administración de Empresas por la Universidad de Valencia, habiéndose graduado en ambas titulaciones con las máximas calificaciones. Ha sido becario en el departamento de Derecho Civil, impartiendo conferencias y realizando diversas publicaciones.

Conviene, en primer lugar, mostrar brevemente el sistema de ejecución previsto actualmente en la legislación española, el cual es objeto de análisis en la citada Sentencia. A estos efectos, las disposiciones de mayor relevancia son, por un lado, los artículos 695 y 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000), en adelante LEC; y por el otro, el artículo 131 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE de 27 de febrero de 1946), en adelante LH.

A) Imposibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

El primero de ellos, el art. 695 de la LEC, establece que, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, sólo se admite la oposición del ejecutado en base a tres causas tasadas, esto es, que no cabe aducir motivos distintos a los mencionados en dicho precepto, los cuales hacen referencia a la extinción de la obligación garantizada por la hipoteca, a errores en la determinación de la cantidad exigible y a un caso particular relativo a bienes muebles².

De la lectura de este artículo se puede extraer la primera conclusión importante: no es posible, en un procedimiento de ejecución de hipoteca, alegar la nulidad de la misma (nulidad parcial, en la mayor parte de los casos) en base a la existencia de cláusulas abusivas, ya que ello no se puede encuadrar en ninguno de los tres motivos de oposición mencionados. Por tanto, el primer interrogante que surge es el siguiente: ¿Qué posibilidades tiene un consumidor incurso en un procedimiento de ejecución hipotecaria si considera que el contrato de préstamo hipotecario en el que es partepodría contener cláusulas nulas porabusivas?

La respuesta a esto la proporciona el artículo 698 de la citada norma, que dispone que cualquier motivo de oposición distinto a los mencionados en el artículo 695, haciendo alusión expresa al supuesto de nulidad de la hipoteca, debe ser alegado en un procedimiento diverso al de ejecución³. Por tanto, si lo que se pretende

2 El artículo 695 de la LEC establece que *“En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:*

1.º *Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.*

2.º *Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante. [...]*

3.º *En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral”.*

3 A tenor del artículo 698 de la LEC, *“Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo”.*

es aducir precisamente la nulidad del préstamo hipotecario, se debe acudir a un procedimiento declarativo paralelo. No obstante, hay que tener en cuenta que en dicho procedimiento declarativo no sería posible obtener una medida cautelar que permitiese la suspensión de la ejecución hipotecaria, en tanto el juez dictaminase si la hipoteca es nula (total o parcialmente) por contener cláusulas abusivas, ya que así lo dispone el propio artículo 698.

B) La única alternativa del consumidor: La anotación preventiva de demanda en el contexto de un proceso declarativo distinto al de ejecución.

Así las cosas, la única opción que le queda al consumidor es la que se prevé en el artículo 131 de la LH⁴, esto es, una vez interpuesta la demanda en el procedimiento declarativo al que hace referencia el artículo 698 de la LEC, debería solicitar la anotación preventiva de dicha demanda en el Registro de la Propiedad, tal y como permite el artículo 42 de la citada Ley, lo que conllevaría suspender la ejecución en tanto no se resolviese el procedimiento declarativo. Esta solicitud debería realizarla por vía judicial, de modo que sería un Juez quien ordenaría la anotación mediante providencia, siempre que considerase que el título en que se basa es suficiente, tomando como criterio su "*prudente arbitrio*" (artículo 43 de la LH).

Sin embargo, la anotación preventiva no podría efectuarse en cualquier momento de la ejecución, sino que ello sólo sería posible antes de que se llevase a cabo la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Se trata de un asiento que se realiza en el Registro de la Propiedad, en el contexto del procedimiento de ejecución hipotecaria, una vez se ha interpuesto la demanda ejecutiva y se ha requerido al deudor para que pague. Se encuentra regulado en el artículo 688 de la LEC.

C) Recapitulación.

En resumen, para poder alegar la existencia de cláusulas abusivas en un procedimiento de ejecución hipotecaria, el consumidor no puede acudir directamente ante el Juez del procedimiento ejecutivo, sino que tiene que iniciar un procedimiento declarativo paralelo. Además, tampoco le está permitido solicitar al Juez del procedimiento declarativo la suspensión cautelar de la ejecución. Su única opción consiste en, una vez interpuesta la demanda declarativa, solicitar judicialmente la anotación preventiva de dicha demanda en el Registro, siempre y cuando lo haga antes de que se efectúe la nota marginal de expedición de certificación de cargas, la cual queda muy próxima en el tiempo al inicio de la ejecución.

4 Dispone el artículo 131 de la LH que "*Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto*".

De este modo, si el consumidor no realiza la anotación preventiva o, al menos, no lo hace a tiempo (situación más que habitual en la realidad, dada la falta de información al respecto y la rigidez de plazos), le es vetada la posibilidad de paralizar la ejecución de su vivienda, pudiendo en consecuencia perderla a pesar de que la hipoteca contenga cláusulas que podrían considerarse abusivas conforme a Derecho. Por tanto, si hubiese iniciado un procedimiento declarativo paralelo, sin poder realizar la anotación preventiva, y el Juez encargado de conocer del mismo finalmente hubiese declarado la nulidad de todo o parte de la hipoteca por contener cláusulas abusivas, la única opción de resarcimiento del consumidor tendría carácter indemnizatorio, pero habría perdido su vivienda.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE MARZO DE 2013. ANÁLISIS DE LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL.

A) Supuesto de hecho.

La situación normativa descrita en el epígrafe anterior es la que motiva la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, la cual se origina a raíz de dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona. Ante dicho Juzgado había sido incoado un proceso declarativo por parte de un consumidor, el señor Mohamed Aziz, el cual estaba a punto de ser desalojado de su vivienda debido a una ejecución hipotecaria promovida por CatalunyaCaixa, entidad financiera acreedora de un préstamo hipotecario contratado por el señor Aziz.

En la demanda declarativa se alegaba que en el citado contrato existían cláusulas abusivas, lo que podía determinar la nulidad (siquiera parcial) del contrato de préstamo hipotecario. El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, siendo consciente de lo prejudicial que para el señor Aziz (y, en general, para el conjunto de los consumidores) resultaba la imposibilidad de alegar la existencia de dichas cláusulas abusivas en el procedimiento ejecutivo, decidió plantear al TJUE dos cuestiones prejudiciales, la primera de las cuales hacía referencia al sistema de ejecución hipotecaria explicado con anterioridad y, por tanto, es la única analizada en el presente artículo.

En concreto, en esta primera cuestión prejudicial se planteó si el procedimiento de ejecución hipotecaria es conforme a la **Directiva** 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOUE 21 de abril de 1993), en adelante la Directiva.

A la cuestión planteada responde el Tribunal, en el apartado 64 de la Sentencia, que el sistema de ejecución de hipotecas español no es conforme con el Derecho

de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas que afecten a consumidores⁵, en base a la argumentación que a continuación se expone.

B) El principio de efectividad.

A efectos de comprender la solución que proporciona el TJUE, resultan de particular interés los dos primeros apartados del artículo 7 de la Directiva, los cuales establecen la necesidad de que los Estados Miembros diseñen medios adecuados y eficaces para hacer frente a las cláusulas abusivas, y para que su existencia pueda ser alegada por los consumidores en los procedimientos judiciales o administrativos competentes⁶.

Pues bien, esto conecta directamente con el principal argumento del Tribunal, es decir, la vulneración del principio de efectividad en esta materia por parte del Estado español. En virtud de dicho principio, las normas internas de cada Estado Miembro no deben hacer *“imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión”* (apartado 50 de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013). Esta misma idea ha sido reflejada en otras resoluciones del TJUE, entre las que puede citarse la Sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05 (apartado 24)⁷.

Así, a pesar de que compete a cada uno de los Estados Miembros establecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, éste no puede dificultar o restringir los derechos atribuidos a los consumidores en virtud de la normativa Comunitaria. Estos derechos se fundamentan en el hecho de que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo al poder

5 Concretamente, afirma que *“la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”*

6 Este precepto reza lo siguiente: *“1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.
2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.”*

7 En la citada resolución, el TJUE explica que *“Según jurisprudencia reiterada, a falta de normativa comunitaria en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véanse, en particular, las sentencias de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C-78/98, Rec. p. I-3201, apartado 31, y de 19 de septiembre de 2006, Arcor, C-392/04 y C-422/04, aún no publicada en la Recopilación, apartado 57)”*.

de negociación como al nivel de información manejado, **“situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”**(apartado 39 de la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, S.A., C-618/10, en el cual se hace referencia a otras resoluciones comunitarias).

Por tanto, establece el Tribunal que el hecho de que el consumidor que pretenda alegar la existencia de cláusulas abusivas en un contrato de préstamo hipotecario sólo tenga la opción de efectuar la anotación preventiva de demanda, y ésta deba realizarse antes de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, resulta contrario al mencionado principio de efectividad, vulnerando en consecuencia el Derecho de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas.

Así pues, el TJUE aclara que la posibilidad de que el consumidor realice la anotación preventiva, y lo haga a tiempo, es de carácter residual, en tanto que lo más probable es que éste no lo haga **“ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos”** (apartado 58 de la STJUE de 14 de marzo de 2013). El Tribunal ya había declarado algo parecido en el apartado 54 de la ya citada Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, S.A., C-618/10, si bien en este caso referido a un proceso monitorio.

A este respecto, añade que la situación se agrava cuando el bien hipotecado es la vivienda del consumidor y la de su familia, ya que el mecanismo de protección, **“limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda”** (apartado 61 de la STJUE de 14 de marzo de 2013).

C) La apreciación de oficio de las cláusulas abusivas.

El Tribunal explica en la Sentencia de 14 de marzo de 2013 que, además de lo anterior, en virtud de la jurisprudencia comunitaria el Juez nacional debe llevar a cabo un control de oficio del carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva (apartados 46 y siguientes). En este sentido se remite a las sentencias Pannon GSM, asunto C-243/08, y Banco Español de Crédito, asunto C-618/10⁸.

8 En la primera de estas resoluciones, concretamente en su apartado 32, se establece que **“el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial”**. Resulta también interesante a estos efectos el apartado 27 de la ya citada Sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, en la que el TJUE afirma que **“el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula**

En relación a la segunda de las resoluciones citadas (Banco Español de Crédito, asunto C-618/10), conviene comentar brevemente, debido a la importancia que reviste, el pronunciamiento acerca de la posible facultad de los jueces nacionales de moderar la cuantía de los intereses considerados abusivos, lo cual se venía haciendo en España en virtud del artículo 83 del TRLGDCU⁹, el cual supone la concreción, en el ámbito del Derecho de los consumidores, de lo dispuesto de forma genérica en el artículo 1.154 del Código Civil (Real decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE de 25 de julio de 1889), aplicable a las cláusulas penales (teniendo en cuenta que los intereses de demora lo son).

Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión declara que esta solución es contraria al artículo 6.1 de la Directiva¹⁰, en tanto que dicha disposición aboga por la continuidad de los contratos que contengan cláusulas abusivas, pero sin la presencia de estas. Por lo tanto, lo que propone el TJUE es suprimir completamente los intereses cuando sean considerados abusivos¹¹. Esta solución ha sido criticada por la doctrina jurídica, en tanto que resulta una sanción demasiado severa el privar al acreedor de recibir cierta cantidad en concepto de intereses cuando los pactados sean declarados abusivos, y no se entiende por qué no se le puede conferir a un órgano jurisdiccional la tarea de moderarlos, siempre tomando en consideración criterios de equidad.

Volviendo a la cuestión del control de oficio de las cláusulas abusivas, hay que poner de relieve que los casos sobre los que deciden las sentencias antes citadas no tratan supuestos similares al que se recoge en la STJUE de 14 de marzo de 2013, en el sentido de que no responden a cuestiones formuladas por un órgano judicial en un proceso declarativo en relación con la incidencia de dicho proceso declarativo sobre un procedimiento ejecutivo paralelo. No obstante, el Tribunal es bastante explícito al exigir que el juez nacional pueda realizar un control de oficio acerca del carácter abusivo de una cláusula que entre dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

abusiva, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”.

- 9 Este artículo dispone que “... el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario”.

Un ejemplo de aplicación de la moderación judicial de los intereses se puede encontrar en la STS de 23 de septiembre de 2010, en la cual se declaró abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario que contenía un interés de demora del 29%, reduciendo dicho porcentaje hasta 2,5 veces el interés legal del dinero.

- 10 El precepto establece lo siguiente: “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

- 11 En el apartado 65 de esta Sentencia el TJUE se manifiesta en los siguientes términos: “Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”.

3. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA SOBRE LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE MEDIDAS URGENTES PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS.

Analizada ya la decisión del TJUE, cabe preguntarse qué consecuencias va a tener sobre el Derecho vigente en España. Lo primero que hay que subrayar es que estamos a la espera de la Ley de Medidas Urgentes para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en adelante LMURPDH, actualmente pendiente de ser aprobada en el Senado.

La Proposición de Ley a día de hoy contiene una serie de medidas tendentes a adaptar el sistema vigente a lo dispuesto por el TJUE en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, la mayoría de las cuales fueron introducidas en forma de enmienda posteriormente a que ésta viera la luz.

A) La posibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas ante el órgano jurisdiccional que conozca del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Resulta de interés analizar algunas de las medidas que se introducen mediante esta Proposición de Ley. En primer lugar, hay que hacer referencia al artículo 8 de la LMURPDH, en virtud del cual se modifican algunos preceptos de la LEC. De entre ellos, destacan el 552 y el 695. Éste último ya había sido objeto de estudio en el presente artículo con anterioridad, y su importante variación consiste en añadir una causa más de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria, a saber: *“El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”*.

Por tanto, el legislador ha introducido de este modo la posibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas en el propio procedimiento de ejecución hipotecaria. El precepto continúa señalando que sólo procederá el sobreseimiento de la ejecución si ésta viene determinada por una cláusula considerada abusiva¹².

B) La apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La Proposición de Ley no se contenta con lo anterior, permitiendo, tal y como exigía el TJUE en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, que el tribunal pueda apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas. Ello se establece en la modificación del artículo 552 de la LEC (y la consecuente variación de los artículos 557 y 561). Así,

¹² Tal y como dispone el artículo, *“se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En caso de que el carácter abusivo de la cláusula hubiese determinado la cantidad exigible, el juez resolverá lo que proceda al respecto. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva”*

en dicho precepto se introduzca la posibilidad de que si un Juez detecta de oficio cláusulas abusivas en un contrato de préstamo hipotecario, otorgue a las partes un plazo de 5 días para presentar sus alegaciones, con el fin de poder tomar una decisión al respecto¹³.

Para dotar de sentido completo a esta modificación, se añade, por un lado, un inciso nuevo al artículo 557.I de la LEC (que versa sobre causas de oposición a la ejecución fundadas en títulos no judiciales ni arbitrales), mediante el que se inserta como motivo de oposición "**Que el título contenga cláusulas abusivas**". Por otro lado, también se incorpora un párrafo al artículo 561.I de la LEC (concretamente, el 561.I.3º), que trata de la oposición a la ejecución no fundada en defectos procesales, y al cual se remite la nueva redacción del 552, ya comentada¹⁴.

Todas estas variaciones de la LEC, con el objeto de adaptar el sistema de ejecución hipotecaria a los dictados de la Sentencia objeto de estudio, son mencionadas asimismo en la Exposición de Motivos de la LMURPDH (recuérdese, aún en fase de aprobación por el Senado)¹⁵.

Otra de las reformas de la LEC que se llevan a cabo en este artículo 8 de la LMURPDH, de fundamental trascendencia a pesar de no hacer referencia directa al objeto de estudio del presente trabajo, es la que se plantea en su artículo 693, en virtud de la cual será necesario el vencimiento de tres plazos mensuales de la hipoteca incumplidos por el deudor, con el fin de proceder a la ejecución de la vivienda (y no un plazo, como sucedía hasta ahora)¹⁶.

13 El tenor literal del artículo 552 de la LEC es el siguiente: "*Cuando el tribunal apreciar que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.I pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 561.I.3º*"

Los títulos ejecutivos mencionados en el artículo 557.I, a los que se refiere el precepto citado, son "*los títulos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, así como por otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9.º del apartado 2 del artículo 517*", que menciona los distintos tipos de títulos ejecutivos en los que se puede basar el procedimiento de ejecución, entre los cuales se encuentran "*Las escrituras públicas*" (517.2.4º), en las que necesariamente deben constituirse las hipotecas (de hecho, la constitución se produce con la inscripción en el Registro, la cual a su vez requiere de escritura pública).

14 El párrafo insertado es dispone que "*Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas*"

15 Aquí se explica que esta norma introduce la "*modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013...*"

16 El apartado primero del artículo 693 de la LEC quedaría redactado del siguiente modo: "*Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el notario en la escritura de constitución. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha*".

C) Modificaciones de la Ley Hipotecaria.

En segundo lugar, resulta de interés comentar el artículo 4 de la LMURPDH, de modificación de la LH. Destaca la reforma del artículo 129 de esta norma, que trata la venta extrajudicial del bien objeto de hipoteca, en el sentido de que, entre otras cuestiones, se obliga al notario a advertir a las partes de la existencia de cláusulas abusivas, y a suspender la ejecución si ha sido planteada la cuestión de la posible nulidad de estas por vía judicial¹⁷.

Por otro lado, y aunque no trata directamente el asunto planteado en este artículo, conviene mencionar la modificación del artículo 114 de la LH, mediante la cual se establece que, en casos de adquisición de vivienda habitual, los intereses de demora no podrán ser superiores al triple del interés legal del dinero, además de prohibirse con carácter general la capitalización de intereses¹⁸.

D) Cuestiones de Derecho Transitorio.

En cuanto a la aplicación temporal de la LMURPDH, hay que destacar que ésta establece, en las disposiciones transitorias 1ª, 4ª y 5ª, un plazo general de un mes para que los consumidores que en el momento de su entrada en vigor se encuentren incurso en un procedimiento de ejecución hipotecaria, puedan alegar la existencia de cláusulas abusivas. Naturalmente, los procedimientos ejecutivos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley se regirán por el sistema de ejecución que ésta regula, es decir, les serán de plena aplicación todas las modificaciones mencionadas con anterioridad.

E) La actuación judicial hasta la entrada en vigor de la nueva Ley: Suspensión de ejecuciones o apreciación de oficio de cláusulas abusivas.

Visto ya el régimen legal que previsiblemente va a ser de aplicación en España (siempre que el Senado ratifique la Proposición de Ley actual), resulta conveniente valorar la situación de las ejecuciones hipotecarias actualmente en curso, las cuales, tras la STJUE de 14 de marzo de 2013, han quedado desprovistas de una solución clara y unívoca.

17 El artículo 129.1.f) de la LH adoptaría la siguiente redacción: "Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos. En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales...".

18 El párrafo añadido al artículo 114 de la LH es el siguiente: "Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Al respecto, hay que destacar que muchos juzgados suspendieron las ejecuciones hipotecarias de las que estaban conociendo a raíz de la presentación, por parte del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona n° 3, de la cuestión prejudicial origen de la problemática abordada en el presente artículo. Así, es de esperar que muchas de estas suspensiones se mantengan hasta la entrada en vigor de la nueva Ley, habida cuenta del régimen transitorio que en ésta se recoge, ya explicado con anterioridad.

No obstante, más llamativa resulta la solución adoptada por otros órganos jurisdiccionales, consistente en la apreciación de oficio de la existencia de cláusulas abusivas en las ejecuciones hipotecarias de las que se encargan. Un caso de gran repercusión mediática en España ha sido el de Juan José Cobo Plana, titular del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arrecife (Canarias), que mediante Auto de 8 de abril de 2013 anuló la ejecución de diversas hipotecas¹⁹, y desde entonces ha seguido haciéndolo, siempre en base a la doctrina establecida en la STJUE de 14 de marzo de 2013.

En dicho Auto, además, el Juez criticó la fijación de intereses moratorios desproporcionados, en atención al contexto económico actual, llegando incluso a afirmar que, en última instancia, son las propias entidades financieras las que han motivado el impago de muchos de los deudores hipotecarios, al haber desempeñado un papel crucial en el desencadenamiento de la actual crisis económica²⁰. A mi juicio, se trata de una aseveración que, si bien puede ser cierta (al menos, parcialmente), no merece la consideración de Fundamento Jurídico, sino que más bien es el reflejo de la opinión personal del juzgador en relación a un determinado asunto y, por tanto, no debería haberse incluido en esta resolución.

19 En el primer Fundamento de Derecho de esta resolución, se establece que *“el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial”*.

20 En el Fundamento Jurídico 3° del Auto se puede leer lo siguiente: *“Considera este Juzgador un abuso inmoral, que, desde luego, no puede ser amparado ni consentido por los Tribunales de Justicia, el que, en la época de crisis profunda en que nos encontramos, las entidades financieras sigan fijando y manteniendo unos tipos de intereses moratorios superiores a los intereses básicos que rijan en cada momento en el mercado hipotecario. La concepción de los intereses moratorios como una sanción o pena por el incumplimiento de la obligación de pagar las cuotas del préstamo hipotecario carece de sentido en la actualidad. La inmensa mayoría (por no decir la totalidad) de las personas que dejan de pagar un préstamo hipotecario lo hacen sin ningún tipo de culpa por su parte. Lo hacen porque han perdido su trabajo y están en el paro, sin que exista ninguna posibilidad de volver a encontrar otro, o porque les han reducido sustancialmente su salario. Y lo llamativo del asunto es que esa pérdida de trabajo, que es la que provoca el impago del préstamo hipotecario, no solo no es culpa del prestatario, sino que en realidad es imputable en gran medida al prestamista, esto es, a las entidades financieras, que fueron quienes, con su desmedido afán de aumentar su negocio y sus beneficios, contribuyeron decisivamente a la situación de crisis y recesión que se vive en este país y en el mundo entero. En los tiempos en que vivimos, no tiene ninguna justificación, salvo el afán de enriquecimiento de las entidades financieras, el establecimiento de intereses moratorios superiores, ni siquiera en un punto, a los intereses normales, dado que ninguna pena o sanción se puede imponer a quien ninguna culpa tiene por no poder atender a un préstamo hipotecario”*.

F) Acuerdos judiciales en relación a la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas.

Visto esto, conviene hacer referencia a algunos de los acuerdos adoptados por órganos jurisdiccionales españoles. Así, meses antes de que recayera la Sentencia analizada (concretamente, el 4 de diciembre de 2012), los Jueces de Primera Instancia de Valencia tomaron la decisión de proceder, incluso de oficio, a la anulación de cláusulas abusivas en el ámbito, entre otros, de los procedimientos de ejecución hipotecaria²¹. Este acuerdo se produjo, tal y como se señala en el mismo, en atención a la Directiva 93/13/CE así como a recientes resoluciones del TJUE, algunas de las cuales han sido comentadas en el presente trabajo.

Asimismo, en dicha decisión los jueces valencianos decidieron establecer un criterio unánime en relación al carácter abusivo de los intereses moratorios estipulados en contratos de préstamo garantizados con hipoteca, de manera que estos revestirían tal carácter siempre y cuando superasen el cuádruplo del interés legal del dinero²².

Los Jueces de Barcelona, por su parte, tomaron una serie de medidas similares, si bien en su caso la decisión se adoptó el 4 de abril de 2013, con posterioridad a la STJUE de 14 de marzo. Así, se acordó, por un lado, proceder a la revisión de oficio de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo hipotecario²³; por otro lado, se decidió considerar abusivos los intereses moratorios superiores a 2,5 veces el interés legal del dinero²⁴, tal y como ya se hiciera en la STS de 23 de septiembre de

- 21 *Dicen los jueces en este acuerdo que “Conforme a la Directiva 93/13/CEE y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de protección del consumidor, teniendo en cuenta las recientes resoluciones de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo en la materia, y sin perjuicio de las circunstancias que concurran en el caso concreto, en los procesos monitorios, en los procesos declarativos, así como en los de ejecución hipotecaria y de títulos extrajudiciales, se procederá, incluso de oficio y en cualquier momento del proceso, siempre que concurran suficientes elementos de juicio, a la anulación de las cláusulas abusivas que lesionen los derechos de los consumidores, sin perjuicio del derecho de las partes a hacer valer sus pretensiones respecto a las mismas a través de las vías legales oportunas. Es decir, en todos los procedimientos que afecten a bienes o servicios”.*
- 22 *En el citado acuerdo se manifiesta que “En concreto, en lo relativo a las cláusulas que establezcan intereses moratorios, y con el fin de establecer una pauta orientativa, la Junta de Jueces acuerda por unanimidad que procederá declararlas nulas de oficio cuando establezcan intereses que excedan del límite establecido en el art. 20 de la Ley 16/2011 de 24 de junio de Contratos de Crédito al Consumo en el caso de descubiertos en cuenta corriente. En los demás supuestos que queden fuera del ámbito de dicha norma, singularmente en el caso de préstamos personales o garantizados con hipoteca, ante la falta de previsión legal expresa y en aras a una deseable uniformidad, se considerarán nulas dichas cláusulas si el interés moratorio excede del cuádruplo del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato”.*
- 23 *En la decisión adoptada por los jueces de Barcelona se expresa la siguiente: “En relación con las demandas que entren a partir de ahora, antes de despachar ejecución se estima procedente dar traslado a las partes personadas por plazo de 5 días para que aleguen lo que estimen oportuno sobre la posible nulidad de cláusulas abusivas. Asimismo en el Auto despachando ejecución hipotecaria, se indicará a las partes que a tenor de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013 se admitirá como causa de oposición la alegación relativa a la existencia de cláusulas abusivas. En relación con los procedimientos de ejecución hipotecaria que se hallen en trámite [...] Si aún no ha precluido el trámite de oposición a la ejecución, hacer saber a las partes la posibilidad de alegar como causa de oposición la existencia de cláusulas abusivas. En caso que ya haya precluido dicho trámite, dar al ejecutado un plazo de 10 días para que en caso de que entienda que existen cláusulas abusivas pueda ponerlo de manifiesto al Juzgado...”*
- 24 *En lo relativo a los intereses moratorios, los jueces afirman que “El interés de mora se considerará abusivo cuando sea superior a 2,5 veces el interés legal de del dinero vigente a la fecha de contratación. Salvo si el interés remuneratorio es superior a dicho límite, en cuyo caso se estimará abusivo el interés de mora que supere en dos puntos el remuneratorio”.*

2010, si bien con la particularidad de que si el interés remuneratorio superase dicho tope, el límite se situaría en dos puntos porcentuales por encima de éste, lo cual tiene pleno sentido si se tiene en cuenta que, en caso de no prever esta situación, se podría dar el caso de que los intereses remuneratorios fuesen más elevados que los moratorios, lo cual no sería acorde con la naturaleza de los mismos.

4. CONCLUSIONES.

A mi juicio, resulta evidente que la normativa española de ejecución hipotecaria, cuando afecta a contratos susceptibles de incorporar cláusulas abusivas, no responde en absoluto a la realidad social imperante. Si se atiende al TRLGDCU, a la Directiva 93/13/CE o, en general, a cualquier texto normativo que regule los derechos de los consumidores, es inevitable plantearse lo siguiente: ¿Cómo es posible que el legislador español no haya sido capaz de abordar la reforma de la ejecución hipotecaria hasta ahora? ¿Era necesaria para ella la intervención de un organismo Comunitario?

Ciertamente, me parecen del todo insuficientes las opciones que, hasta el momento, se le ofrecían al consumidor en el procedimiento de ejecución hipotecaria. De hecho, la STJUE de 14 de marzo de 2013, así como la consecuente reforma legislativa, suponen una modificación de gran relevancia en lo que respecta a dicho procedimiento. Así, si lo que se pretende es la alegación de cláusulas abusivas, se pasa de una situación en la que era necesario iniciar un procedimiento declarativo paralelo a la ejecución, junto con la anotación preventiva de demanda previa a la nota marginal de certificación de expedición de cargas, a otra en que es el propio juez que conoce del procedimiento ejecutivo el que, de oficio, puede valorar la existencia de tales cláusulas.

Este cambio radical, cuyo objeto es adecuar el procedimiento hipotecario a la normativa vigente sobre protección del consumidor (la cual, por cierto, no es que sea de muy reciente creación), refleja hasta qué punto el legislador español había descuidado esta cuestión, que en muchas ocasiones afecta a algo tan fundamental como la vivienda habitual de un persona y de su familia.

Además, la actuación (o, más bien, la omisión de actuación) del órgano legislativo es más censurable si se tiene en cuenta que ha tenido que ser una institución supra estatal la que ha motivado que, finalmente, se llegue a una solución acorde con el Derecho vigente, a lo cual ha contribuido indudablemente un contexto social de crispación e inestabilidad. Sin duda, muchas situaciones injustas se podrían haber evitado si quien tiene la responsabilidad de legislar hubiese hecho a tiempo lo que debía.



COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES



Artículo recibido: 10 de Enero de 2013

Artículo aprobado: 25 de enero de 2013

PRINCIPIOS DE JUSTICIA TRIBUTARIA EN PROCEDIMIENTO DE COBRO JUDICIAL DE DEUDAS TRIBUTARIAS, EN EL DERECHO ITALIANO: Comentario a la Sentencia de la Corte Costituzionale N° 281, de 28/10/2011 (Magistrado redactor, Dr. Franco Gallo)¹

Patricio Masbernat*

Un Juez de Forlì y un Juez de Torino (Italia), de modo separado, remiten sendas cuestiones de constitucionalidad en contra del art. 85, párrafo 1, del Decreto del Presidente de la República N°602, de 29 septiembre de 1973², que regula el cobro de deuda tributaria derivada de impuesto a la renta. La **Corte Costituzionale** reúne ambos procesos para decidirlos conjuntamente. La norma cuestionada permite la adjudicación del inmueble del deudor tributario en mora, al monto de la deuda a favor del Fisco. La norma dispone lo siguiente:

«Se il terzo incanto ha esito negativo, il concessionario, nei dieci giorni successivi, chiede al giudice dell'esecuzione l'assegnazione dell'immobile allo Stato per il minor prezzo tra il prezzo base del terzo incanto e la somma per la quale si procede, depositando nella cancelleria del giudice dell'esecuzione gli atti del procedimento».

El contenido de la norma será explicado a continuación.

Los jueces de la instancia han instado la cuestión de constitucionalidad, porque observan en dicha norma, una vulneración de los principios de razonabilidad e

1 La sentencia puede encontrarse en el sitio de Internet de la Corte Costituzionale de Italia: <http://www.cortecostituzionale.it/>.

2 La norma puede obtenerse en: <http://www.normattiva.it/>.

* Patricio Masbernat

Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Magister en Derecho, Universidad de Chile; Doctor en Derecho (Instituto Universitario de Derecho Comparado, Facultad de Derecho) Universidad Complutense de Madrid. IP del Grupo Iberoamericano de Estudios Jurídicos de la Empresa. Correo: pmasbernat@alburquenque.cl. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto FONDECYT N° 11100190 "Construcción de una dogmática de los principios materiales de la tributación en Chile, a la luz del Derecho Comparado", 2° periodo (2011/2012), del cual el autor es investigador responsable. Agradezco al profesor Dr. Ennio La Scala, quien me acogió en la estadía de investigación en el Dipartimento di Studi su Politica, Diritto e Società "Gaetano Mosca" de la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo, lugar donde se redactó este trabajo. Dedicado a Lucas, Gloria, Renato y Pascal.

igualdad (contenidos en el artículo 3° de la Constitución Política Italiana, **Cost.P.It.**), de capacidad contributiva (artículo 53° **Cost.P.It.**) y del derecho de propiedad privada (artículo 42° **Cost.P.It.**). Ello se produciría, a juicio de los jueces remitentes, porque la norma legal da lugar a un modo irracional de determinación del precio de adjudicación al Estado del inmueble sujeto a cobro compulsivo de impuesto a la renta adeudado (*i.e.*, del inmueble embargado por deudas tributarias). La norma legal dispone que el Fisco puede adjudicarse el inmueble ejecutado al menor precio de entre el mínimo valor de adjudicación decretado para el tercer llamado a remate y la suma por la que ejerce su demanda judicial (el monto de la deuda tributaria), debiendo el juez proceder a decretar la adjudicación, sin dejarle la posibilidad de ajustar dicho precio o de suspender la adjudicación en razón de la exigüidad del monto de adjudicación del inmueble al Estado. De este modo, dicha regulación contravendría, por un lado, los artículos 3° y 53° constitucionales por violación de los principios de razonabilidad con respecto a los medios y al propósito, y la igualdad en sí misma y en relación con principio de capacidad contributiva; y por otro, los artículos 3° y 42° constitucionales (derechos de igualdad y propiedad) por la irrazonable determinación del precio para la asignación coercitiva del inmueble subastado.

Los artículos constitucionales implicados son los siguientes³:

Art. 3.⁴ Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Art. 42.⁵ La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

- 3 Para estudiar la forma en que se coordinan estas disposiciones constitucionales en el Derecho Italiano, ver MASBERNAT, Patricio; BILLARDI, Cristian; FERNANDEZ, José Antonio; SANCHEZ, Miguel Angel, "Los principios materiales de la tributación en los ordenamientos de Italia, España y Argentina. Perspectiva para la construcción de una dogmática en Chile", de pronta publicación en Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) N°2° año 2012.
- 4 "Art. 3. "Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. / Es responsabilidad de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país" (traducción del autor).
- 5 Art. 42. "La propiedad será pública o privada. Los bienes económicos pertenecerán al Estado, a entidades o a particulares. / La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, la que determinará sus modos de adquisición y de goce y sus límites, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos. / La propiedad privada, en caso previsto

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.

Art. 53.⁶ Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva.

Il sistema tributario è informato a criteri di progressività.

Los jueces remitentes argumentan que el procedimiento que fija ese monto para ceder la propiedad inmobiliaria del deudor tributario moroso al Estado, contradice la jurisprudencia constitucional relacionada con el justo precio de la expropiación forzosa (Sentencia de la Corte Costituzionale -SCC- 348/2007, expuesta ya en la SCC 5/1981). Se ocasionaría un perjuicio al contribuyente, por cuanto para la determinación de una indemnización no se consideran las características del bien expropiado sino criterios diversos que prescinden de dicho valor⁷.

Los jueces sostienen que la interpretación que dan a la ley, es la única que cabe, y que no es factible una interpretación conforme a la Constitución. Por ello, la norma impugnada debe ser revisada por este procedimiento constitucional.

El razonamiento de los jueces remitentes se sostiene en las bases que a continuación se exponen:

a) En lo referido a la vulneración de los artículos 3 y 53 constitucionales, habría tres aspectos de inconstitucionalidad:

por la ley, y mediante indemnización, podrá ser expropiada por motivos de interés general. / La ley establecerá las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado en materia de herencia” (traducción del autor).

6 Art. 53.- “Todos estarán obligados a contribuir a los gastos públicos en proporción a su capacidad contributiva. / El sistema tributario se inspirará en criterios de progresividad.” (Trad. del autor).

7 El argumento central del juez lo expone la sentencia en estos términos (sección 1.3.2): “Il principio ‘del serio ristoro’, secondo il giudice a quo, pur se previsto per l’indennizzo a séguito di espropriazione per pubblica utilità o di altri atti ablatori disposti dalla pubblica amministrazione, è applicabile anche nell’ipotesi del trasferimento coattivo della proprietà privata di cui al caso di specie, perché ‘quando lo Stato esercita la potestà, con determinazione unilaterale e fuori da un contesto negoziale, di acquistare un bene privato, il corrispettivo dello scambio deve essere ‘congruo, serio ed adeguato’ ossia deve assumere a parametro – pur potendo discostarsene al ribasso per contemperare interessi pubblici e privati – ‘il valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso’ (Corte cost. 30.1.1980 n. 5) e non può legittimamente basarsi su ‘elementi del tutto sganciati da tale dato’ (Corte cost. 24.10.2007 n. 348)”.

a. La suma por la cual el Estado se adjudica el inmueble, conforme a la norma impugnada (el monto de la demanda fiscal), no constituye un precio razonable de adquisición de un inmueble.

b. Es irrazonable la norma, porque premia la acumulación de deuda tributaria, es decir, favorece al contribuyente moroso de una deuda más cuantiosa y desfavorece, a su vez, a aquel contribuyente que por diversas causas tiene una deuda menor; y que además pierde su propiedad inmueble (perdiendo adicionalmente, en favor del Fisco, la diferencia entre el valor del inmueble y el monto de su deuda tributaria).

c. La disposición cuestionada no se condice o justifica con el deber de contribuir, y por ello vulnera el principio de capacidad contributiva, pues el deudor tributario concurre a los gastos públicos con un monto mayor de su deuda legalmente tasada.

b) En relación con los artículos 3 y 42 constitucionales, los jueces remitentes sostienen que no existe una razonable determinación del precio de adjudicación coactiva del bien, ya que éste es igual al monto de la obligación expuesto en la demanda e inferior al precio del tercer llamado a remate, no respetando los principios que han sido construidos por la jurisprudencia constitucional para los casos de expropiación en razón de utilidad pública, los cuales son aplicables también en los supuestos de transferencia forzosa de inmuebles envueltos en este caso.

Los jueces remitentes agregan que el principio constitucional de capacidad contributiva también se puede aplicar en la fase de recaudación de impuestos (no sólo en la fase legislativa del diseño de la norma tributaria), debido a que el artículo 53° párrafo 1° **Cost.P.It.** no distingue el momento de su realización y porque el deber de concurrencia a solventar el gasto público a que se encuentra sujeto el contribuyente se lleva a cabo con el pago, espontáneo u obligatorio, de la deuda tributaria.

Defienden que el estatuto de expropiación se aplica en este caso, como en todos los casos en que el Estado se adjudica, adquiere o compra un inmueble haciendo uso unilateral de autoridad y sin llevar a cabo una negociación libre con un particular. En esos casos, y aunque se calcule un precio hacia la baja, debe resguardarse un elemento de razonabilidad, seriedad, corrección en dicho intercambio (vinculando las características del inmueble con el valor que por él se pague, que evidencie su potencialidad económica), a fin de equilibrar los intereses públicos y privados. El contribuyente, aún en caso de mora, debiera ser respetado en la intangibilidad de sus derechos tal como las demás personas.

El Abogado General del Estado contradice los planteamientos de los jueces remitentes, sustentando que el artículo 53 **Cost.P.It.** se vincula a la configuración legal del impuesto, y no cubre la fase de cobro de deudas (la "fase patológica de

la obligación tributaria”, i.e., la “fase de recuperación de las sumas adeudadas cuya determinación ya se encuentra firme”), que es el caso en que se inserta la disposición impugnada.

Tampoco cabe aplicar el artículo 42 *Cost.P.It.*, pues éste se refiere a la institución de la expropiación por razones de interés general, y este caso no se vincula a ello.

En su razonamiento, la Corte Costituzionale encuentra plausible la interpretación de los jueces remitentes, en el sentido de que debido a la existencia de una norma especial que se aplica sobre la general del Código de Procedimiento Civil, no existe una facultad judicial de carácter discrecional para corregir el problema generado en el caso. En efecto, en el Código de Procedimiento Civil, en lo relativo a expropiación inmobiliaria ordinaria, existe un supuesto general en virtud del cual se permite al juez evaluar la adecuación del precio de adjudicación e impedir la venta si se considera significativamente más bajo que lo que corresponde a uno justo (artículos 586 en relación al art. 589 del *Codice di Procedura Civile*⁸).

Por otro lado, también comparten la tesis de los jueces remitentes en orden a que la asignación coactiva del inmueble al Estado no tiene la naturaleza de una dación en pago.

Sobre la base de estas consideraciones de ley, la Corte Costituzionale evalúa la constitucionalidad de las normas impugnadas.

A dicho alto Tribunal le parece que, de acuerdo al caso, la vulneración constitucional esencialmente se vincula a los principios de razonabilidad e igualdad, y sólo subsidiariamente al principio de capacidad contributiva. Por ello, em definitiva, no se pronunciará a su respecto.

Añade que el régimen especial de cobro de deudas tributarias (morosas) responde a un objetivo de realización inmediata del crédito fiscal para garantizar

8 *Art. 586. (Trasferimento del bene espropriato)*

Avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione puo' sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, ovvero pronunciare decreto col quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato, ripetendo la descrizione contenuta nell'ordinanza che dispone la vendita, e ordinando che si cancellino le trascrizioni dei pignoramenti e le iscrizioni ipotecarie, se queste ultime non si riferiscono ad obbligazioni assuntesi dall'aggiudicatario a norma dell'articolo 508. Il giudice con il decreto ordina anche la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento.

Il decreto contiene altresì l'ingiunzione al debitore o al custode di rilasciare l'immobile venduto. Esso costituisce titolo per la trascrizione della vendita sui libri fondiari e titolo esecutivo per il rilascio.

Art. 589. (Istanza di assegnazione).

L'istanza di assegnazione deve contenere l'offerta di pagamento di una somma non inferiore a quella prevista nell'articolo 506 ed al prezzo determinato a norma dell'articolo 568.

Fermo quanto previsto al primo comma, se nella procedura non risulta che vi sia alcuno dei creditori di cui all'articolo 498 e se non sono intervenuti altri creditori oltre al precedente, questi puo' presentare offerta di pagamento di una somma pari alla differenza fra il suo credito in linea capitale e il prezzo che intende offrire, oltre le spese.

la normalidad en el funcionamiento de la actividad financiera del Estado y, por esta razón, se funda en criterios de sencillez y rapidez del procedimiento. Lo que así ha declarado anteriormente en su jurisprudencia (*SCC* 351/1998, *SCC* 415/1996, *SCC* 444/1995, *SCC* 358/1994).

De acuerdo a este planteamiento, para la recuperación pronta de la deuda tributaria, el legislador ha establecido que si el inmueble no ha podido ser vendido en tres llamados remates, la propiedad se le asigne al Estado. Esta solución parece factible frente a otras soluciones teóricas (*v.g.*, nuevos llamados a remate; administración judicial de la propiedad esperando venderla en el futuro o asignarla más favorablemente, etc.), y responde a la razón de acelerar la recuperación de la deuda tributaria.

Si bien el procedimiento parece expedito para los fines fiscales buscados, plantea una concreta regulación manifiestamente irrazonable. La irracionalidad se deduce del hecho de que de acuerdo a la norma objetada, entendiendo que el inmueble se asigna al Estado por el monto objeto de su demanda, la determinación del precio de la transferencia del inmueble prescinde de cualquier relación con su valor del activo e incluso puede constituirse en insignificante, y esto a pesar del hecho de que la transferencia del inmueble tiene la finalidad de transformar el bien en dinero para la satisfacción del acreedor; y ciertamente no pretende imponer una sanción atípica al deudor moroso.

Debe tenerse presente, agrega la Corte, que la cantidad a que asciende la deuda tributaria por la que se demanda, depende de circunstancias puramente azarosas, causales o contingentes, no vinculadas al valor del inmueble, y no se la puede establecer; por lo tanto, como el criterio para la determinación del precio a pagar en sede de expropiación forzada.

La intención del legislador para desvincular el precio del valor real del inmueble del monto a que se le asigna al Estado mediante este procedimiento forzoso, es patente en la norma impugnada.

El derecho que se reconoce al deudor o a un tercero para extinguir el procedimiento de expropiación pagando la deuda tributaria demandada, no es suficiente para descartar la irracionalidad de la disposición impugnada. El ejercicio de este derecho presupone una capacidad económica del deudor que tal vez ni siquiera exista.

Para remediar la irrazonabilidad de la norma, resulta necesario eliminar la posibilidad de asignar el inmueble al Estado a un precio equivalente al importe de la deuda tributaria.

La única manera que la Corte Costituzionale puede efectuar dicha labor de modo ajustado a sus competencias, es modificando el criterio normativo “del precio más bajo” y extender a todos los casos de cesión coactiva de inmuebles al Estado (cuando se declarara desierta la presencia de postores en el tercer llamado a subasta) la aplicación del otro parámetro para la determinación del precio de cesión, contenido en el mismo cuerpo normativo en el que se inserta la disposición impugnada, criterio cual es el precio base del tercer llamado a remate. Ello sería razonable, no obstante habida consideración de que los valores mínimos se reducen entre cada llamado sucesivo a remate.

No puede ponerse como objeción, como lo hace el Abogado del Estado, que si no se produce adjudicación con el precio base del tercer llamado a remate, significaría que el inmueble no tiene por tal el valor de mercado, es decir, que no se trata de un valor justo y razonable, lo que sería pertinente para otra clase de supuesto legal en que se produce la entrega de bienes al Estado de pleno Derecho. En efecto, la actual regulación vinculada a la norma impugnada permite al Estado evaluar la conveniencia de adjudicarse el inmueble al monto base del tercer llamado, de modo de no proceder los trámites de tal adjudicación si evalúa un perjuicio al patrimonio fiscal.

Por lo tanto, debe rechazarse el alegato que, como resultado de la aceptación de la legitimidad de la cuestión planteada, se *impone* al Estado la compra del inmueble por un precio igual al precio base de la tercera llamada a remate, ya que esa adquisición es optativa.

En conclusión, la Corte Costituzionale estima como fundada la cuestión de constitucionalidad planteada por los jueces remitentes, y por tanto deciden que la norma impugnada debe ser declarada inconstitucional por violación del artículo 3° *Cost.P.It.*, en relación con el principio de razonabilidad, en la medida en que establece que, si el tercer llamado a remate falla, la cesión de la propiedad al Estado se lleva a cabo por el precio más bajo entre el precio del tercer llamado a remate y el monto de la deuda tributaria. Ahora, el reconocimiento de los méritos de la cuestión planteada sobre la base del artículo 3° *Cost.P.It.*, en relación con el principio de razonabilidad, implica la absorción del examen de las otras cuestiones y enfoques presentados por los órganos jurisdiccionales remitentes.

Finalmente, la Corte sustenta que la aceptación de la cuestión de legitimidad constitucional no excluye que el legislador, en el ejercicio de su discreción, pueda establecer criterios para la determinación del precio de adjudicación de los bienes al Estado en procedimientos de cobro de deudas tributarias, que no sean el precio base del tercer llamado a remate, siempre que estén razonablemente relacionados con el valor de los bienes embargados.

COMENTARIOS

Son muchos los aspectos destacables de esta sentencia, pero en este lugar me remitiré a sólo a algunos de ellos.

En primer término, el despliegue analítico depurado propio del Derecho Italiano, que se observa en la sentencia comentada, permite perfilar las instituciones jurídicas (aún aquellas más abstractas) con precisión y sentido práctico, es decir, con efectos en la solución de casos concretos.

Ello conduce a la segunda reflexión, cual es la consideración de los efectos concretos y operacionalizados de los principios tributarios, inclusive el de razonabilidad (que en Chile se vincula muy a menudo sólo a la interdicción de la discriminación arbitraria) en términos argumentativos y no meramente retóricos. Resulta necesario poner de relieve que principios como los de racionalidad, logicidad, normalidad, coherencia y otros semejantes forman parte de la base sobre la que se contruye el ordenamiento tributario italiano. Y de ellos se derivan claras y precisas consecuencias hacia el sistema tributario, tanto en su elaboración como en su aplicación.

En cuanto a la construcción analítica de las instituciones jurídicas, se observa en este caso que dicho ejercicio ha dado lugar a una perfecta comprensión de la verdadera naturaleza de los actos de asignación forzosa de inmuebles al Estado, lo que permite asignarle un estatuto coherente a todos los supuestos de dicha institución, aún cuando en términos superficiales parecieran muy distintos.

Otro aspecto relevante es el respeto por la propiedad, y en esto existe una gran lección para algunos sistemas jurídicos latinoamericanos, como por ejemplo, el chileno. Me refiero a la valorización o tasación de inmuebles en los remates y en definitiva a los precios efectivos de adjudicación, en los procesos de ejecución forzosa. En el sistema jurídico chileno, el deudor ejecutado es gravemente perjudicado en su derecho de propiedad (nótese que se trata de hipótesis de hecho que suceden en cualquier ordenamiento jurídico, y cuyas regulaciones mejor elaboradas y fundadas en criterios universales de racionalidad o justicia, pueden ser perfectamente incorporadas a otras jurisdicciones), lo que plantea la necesidad urgente de modificar las regulaciones de remate de bienes embargados en el citado sistema jurídico, ya que a mi juicio atentan de modo claro y directo en contra del derecho de propiedad constitucionalmente consagrado. Es decir, las disposiciones referidas a este punto contenidas en el Código de Procedimiento Civil y en otras leyes chilenas, a mi juicio, son inconstitucionales.

En referencia al principio de capacidad contributiva, la Corte Costituzionale no lo desecha, sólo antepone la aplicación de otros principios por considerarlos suficientes y más atingentes como criterios para la solución del caso concreto. En

nada desmerece el carácter de la capacidad contributiva como el principio rector en materia de justicia tributaria en el Derecho Tributario italiano.

Sobre este último punto, hay que agregar una observación. La Corte no acoge el alegato del Abogado General del Estado en orden a que este principio sólo opera en la fase de determinación de los supuestos y elementos de la obligación tributaria, por lo que de ello se concluye que también debe desplegarse en la etapa de ejercicio de los derechos y obligaciones del contribuyente, o de las potestades de la Administración Tributaria, específicamente en la inspección, control y cobro llevado a cabo por esta última⁹.

En efecto, el objeto del principio de capacidad se vincula a diferentes ámbitos, tanto a la determinación de los aspectos sustanciales de la exacción tributaria como a la aplicación del tributo, y en tal perspectiva, a todo el procedimiento de exigencia del tributo, sea en sede administrativa como judicial¹⁰, como lo ha sostenido la Corte Costituzionale¹¹, en orden a que todo el sistema tributario debe ajustarse a los principios de justicia tributaria¹². Ello se debe a que este principio tiene un carácter interpretativo del sistema¹³.

En otro aspecto, llama la atención la actitud proactiva y garantística de los jueces remitentes, que no hacen otra cosa que cumplir con su función y deber constitucionales, en el sentido de aplicar las normas legales (e infralegales) sólo sobre la base de una interpretación constitucional; y, en caso de no poder llevar a cabo aquella operación, remitir los antecedentes fundadamente a la Corte Costituzionale, instando un pronunciamiento a su respecto.

9 Esto ha sido defendido en Italia por la doctrina y la jurisprudencia, en lo que me parece constituye un consenso.

10 FANTOZZI, Augusto, *Diritto Tributario*, Torino, UTET, T. II, 1998, pag. 30.

11 Al respecto: SCC 51/1992, N°3: "Al livello dei principi costituzionali resta fermo, comunque, che le scelte discrezionali del legislatore, ove si orientino a favore della tutela del segreto bancario, non possono spingersi fino al punto di fare di questo ultimo un ostacolo all'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà, primo fra tutti quello di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva (art. 53 della Costituzione), ovvero fino al punto di farne derivare il benchè minimo intralcio all'attuazione di esigenze costituzionali primarie, come quelle connesse all'amministrazione della giustizia e, in particolare, alla persecuzione dei reati." También existen anteriores pronunciamientos, relativos a la aplicación legal de procedimientos de liquidación, lo que debe violar la norma constitucional (sentencia 283/1987, especialmente N°13-15, desestimatoria).

12 MOSCHETTI, Francesco, *El principio de capacidad contributiva*, En VVAA, La Capacidad Contributiva, Presupuesto Jurídico y Fundamentos de la Tributación (Conferencia Técnica del CIAT. Taormina, Italia, 2000), Centro Interamericano de Administraciones Tributarias e Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2000, p. 249.

13 DE MITA, *Principi di Diritto Tributario*, 2ª ed., Giuffrè Ed., Milano, 2000, p. 85.

Artículo recibido: 19 de enero de 2013

Artículo aprobado: 07 de febrero de 2013

ASISTENCIA FAMILIAR PARA HIJOS MAYORES DE EDAD Y SIN NINGUNA DISCAPACIDAD

Orlando Parada Vaca*

Dos normas del Código de Familia han permitido que el Tribunal Constitucional Plurinacional considere que es posible la asignación de asistencia a los hijos mayores de edad.

Veamos lo que dicen las normas en cuestión:

Art. 258.- (Deberes y derechos de los padres). *La autoridad del padre y de la madre comprende los deberes y derechos siguientes:*

1°- *El de guardar al hijo.*

2°- *El de corregir adecuadamente la conducta del hijo.*

3°- **El de mantener y educar al hijo dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil,** según su vocación y aptitudes.

4°- *El de administrar el patrimonio del hijo y de representarlo en los actos de la vida civil.*

Quedan a salvo los deberes y derechos establecidos por otras disposiciones.

Art. 264.- (Subsistencia de deberes). *El deber de mantenimiento y educación a que se refiere el inciso 3° del artículo 258 subsiste después de la mayoría en beneficio de los hijos que no se hallan en situaciones de ganarse la vida, así como de los que no han adquirido o acabado de adquirir una profesión u oficio, hasta que los adquieran, salvo, en este último caso, que haya culpa grave del hijo.*

* Orlando Parada Vaca

Director de la Fundación Iuris Tantum, de la Revista Boliviana de Derecho y del programa de TV "Verdad y Justicia". Lic. en Auditoría Financiera y Lic. En Derecho por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Maestría en Seguridad, Defensa y Desarrollo Nacional por la Universidad Militar. Maestría en Administración Pública por la Escuela Brasileña de Administración Pública de la Fundación Getulio Vargas de Brasil. Especialidad en Derecho Constitucional y Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la U.A.G.R.M. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, España.

COMENTARIO:

Por disposición del **Art. 264 en relación al Art. 258 -3 CF**, la obligación de los padres de proveer el mantenimiento y educación de los hijos subsiste después de la mayoría de edad en beneficio de los hijos que no se hallan en situación de ganarse la vida y de los que no han adquirido o acabado de adquirir una profesión u oficio, hasta que los adquieran.

Por mandato del Art. 4 CF, el matrimonio goza de la protección del Estado y el Art. 5 del mismo compilado, establece que las normas de derecho de familia son de orden público. En este mismo orden normativo, a través del precepto contenido en el Art. 20 CF la asistencia sólo puede ser solicitada por quien se halla en estado de necesidad y no está en condiciones de procurarse los medios propios de subsistencia.

En el mismo sentido prescribe el Art. 61 –II de la Ley de Abreviación Procesal Civil y Asistencia Familiar (LAPCAF), ordenando que el pedido de asistencia familiar por el hijo que no es menor de edad, deberá estar justificado por su situación de necesidad y la imposibilidad de procurarse por sí mismo los medios propios de subsistencia.

Sin embargo, el **Art. 64 –I CPE** (concordante con el Art. 8 -6 de la CPE Abrog.) prescribe de manera taxativa que los padres tienen el deber de mantener y educar a los hijos mientras sean menores de edad o tengan alguna discapacidad.

NORMA JURÍDICA CUESTIONADA.-

El Estado Plurinacional se funda en principios ético-morales definidos en el Art. 8 –I CPE que definen a la sociedad plural: no seas flojo, vivir bien, vida armoniosa, vida buena y camino o vida noble. Además, en el inciso II de este artículo se proclaman como valores del Estado, la igualdad, dignidad, solidaridad, reciprocidad, armonía, igualdad de oportunidades, bienestar común, responsabilidad, justicia social, para vivir bien.

Todos estos principios y valores consagrados por nuestra norma fundamental se fundan en la igualdad de todos los bolivianos para el goce y ejercicio de los derechos de todos los bolivianos, sin ninguna forma de discriminación (Art. 14 CPE).

La obligatoriedad de mantener y costear los estudios a los hijos mayores de edad como lo contempla el Art. 264 CF, implica reconocerles (a los hijos) un derecho que no se encuentra contemplado en la CPE porque su reconocimiento violentaría los fundamentos de igualdad sobre los que se cimenta el Estado Plurinacional. Pero, por sobre todo, significa contradecir el mandato del Art. 64 –I en relación al Art. 144 CPE que obliga a los padres a mantener y educar a sus hijos sólo mientras sean menores de edad o tengan alguna discapacidad.

PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INFRINGIDOS.-

El otorgarle a los hijos el derecho a ser mantenidos por sus padres aún después de haber alcanzado la mayoría de edad y sin que sufran o tengan alguna discapacidad, como lo tiene el previsto el Art. 264 CF, vulnera los principios y derechos reconocidos por la Constitución y que a seguir se exponen:

A.- La obligación de los padres y el correspondiente derecho de los hijos a ser mantenidos y educados, sólo se extiende mientras los hijos sean menores de edad o tengan alguna discapacidad (Arts. 64 –I en relación al 144 –I CPE)

El Art. 144 –I CPE proclama que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años y, con ello, se adquiere la ciudadanía y personería y capacidad suficiente para realizar actos de la vida civil y familiar:

El Art. 64 –I CPE prescribe que los padres tienen el deber de atender el mantenimiento y educación de los hijos mientras sean menores de edad o tengan alguna discapacidad.

De los contenidos normativos reseñados se extrae como conclusión que:

a.- Los padres se encuentran liberados de esa obligación cuando los hijos adquieren la mayoría de edad y no tienen alguna discapacidad;

b.- Los hijos mayores de edad que no sufran de alguna discapacidad, asumen el rol de ciudadanos y el deber de contribuir con su trabajo a su propio mantenimiento y educación y, por ende, al engrandecimiento y fortalecimiento del Estado Plurinacional.

Por mandato de la Disposición Final de la CPE, ésta entra en vigencia desde su promulgación y el resto de las normas inferiores debe adecuarse a los mandatos contenidos en la Norma Fundamental.

La prórroga de la obligación a los padres contenida en el Art. 264 CF, violenta el mandato de los preceptos contenidos en los Arts. 64 –I en relación al 144 –I CPE; y, dado que esa norma es anterior e inferior a la nueva CPE, debe ser desechada de nuestro ordenamiento declarándose su inconstitucionalidad.

B.- Derecho a vivir bien de manera armoniosa, fundada en los valores de igualdad, bienestar común y responsabilidad para construir una sociedad sin discriminación ni explotación: Arts. 8 y 9 CPE.-

Nuestro ordenamiento constitucional no reconoce fueros ni privilegios. Todos somos iguales y esta igualdad se manifiesta en la asignación de roles, deberes y obligaciones a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

Todos debemos trabajar y ser responsables para vivir bien, buscar el bienestar común y así construir una sociedad plural de manera armoniosa sin discriminación ni explotación; principios y valores consagrados como el cimiento y fundamento del nuevo Estado, en los Arts. 8 y 9 CPE.

La obligación que consigna el Art. 264 CF para que los padres mantengan y eduquen a sus hijos mayores de edad que no sufren de alguna discapacidad, atenta contra el derecho a no ser explotado injustamente y contra el deber de todos a contribuir con nuestro trabajo al engrandecimiento y fortaleza del Estado.

C.- Derecho a la Igualdad y la no discriminación: Arts. 8 –II, 14 y 62 CPE.-

Todos los bolivianos somos iguales ante la ley sin que pueda tratárenos con muestras de discriminación y falta de igualdad.

Privilegiar a los hijos mayores de edad por encima del derecho de los padres a procurarse mejores condiciones de vida, es tratar a unos y a otros de manera desigual violentando el derecho a la igualdad y, además, significa el reconocimiento estatal a la discriminación.

Mientras los hijos son menores de edad, los padres no pueden soslayar su obligación de brindarles lo mejor de acuerdo a sus posibilidades; lo que significa sacrificar sus propios deseos y necesidades para satisfacer las necesidades de sus hijos. Pero, proclamar que esta obligación es indefinida es provocar que los hijos se aprovechen de sus padres y liberarlos de la necesidad de trabajar para su propio sustento, fomentando la vagancia y la holgazanería.

En virtud de lo expuesto, resulta necesario resaltar la inconsistencia, léase desigualdad, no justificada, en el sentido de no liberar a los padres de la carga que asumen de cuidar, proteger, mantener y educar a sus hijos cuando adquieren la mayoría de edad y no sufren alguna discapacidad.

La discapacidad de los hijos es la única excepción que permite la prórroga de la obligación paternal de continuar brindándoles socorro y mantenimiento a los hijos mayores de edad. El Estado no puede asumir esta carga y obliga a que sean los padres quienes tengan que cargar con esta obligación social y moral.

El Art. 264 CF violenta el derecho a la igualdad y la no discriminación porque otorga derechos a quienes son mayores de edad y confiere de manera indefinida a los padres, la obligación de mantener a sus hijos pese a ser mayores de edad y no sufrir de ninguna discapacidad que les impida procurarse por sí mismos los medios necesarios de subsistencia.

D.- Derecho a la dignidad proclamado por el Arts. 8 –II, 9 –II y 22 CPE

El Art. 264 CF vulnera seriamente el derecho a la dignidad de los padres, quienes deben continuar manteniendo a sus hijos de manera indefinida, descuidando sus propias necesidades de mantenimiento y realización personal.

El trabajo dignifica a las personas y es por ello que todos, sin discriminación de la edad (Art. 14 –II CPE) debemos aportar a nuestro propio sustento y con ello, estamos aportando al fortalecimiento de los vínculos familiares en condiciones de igualdad y de respeto mutuo.

El otorgar a los hijos mayores de edad el derecho a continuar siendo mantenidos por sus padres, es violentar el derecho a la dignidad de quienes ya cumplieron con su deber moral, espiritual y constitucional de mantener y educar a sus hijos mientras eran menores de edad.

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 264 CF:

Considero que el **Art. 264 CF** es inconstitucional por los argumentos que se exponen:

a.- Violenta los principios y valores del Estado Plurinacional en cuanto a no ser flojo, buscar una vida armoniosa para vivir bien, equidad social, equilibrio, igualdad de oportunidades, bienestar común, responsabilidad y justicia social, para construir una sociedad justa y armoniosa sin discriminación ni explotación, consagrados en los **Arts. 8 y 9 CPE**.

b.- Vulnera el mandato contenido en el **Art. 14 –I y –II CPE** porque le niega capacidad jurídica a los hijos mayores de edad y provoca que los padres sean tratados con discriminación porque les obliga más allá de las responsabilidades asumidas cuando los hijos eran menores de edad.

c.- El **Art. 264 CF** es inconstitucional porque está en franca contradicción con el mandato constitucional del **Art. 64 –I en relación al 144 –I CPE** que obliga a los padres y tutores a mantener y educar a sus hijos sólo mientras sean menores de edad o tengan alguna discapacidad.

d.- Obligar a los padres a pagar los estudios superiores de sus hijos mayores de edad, violenta el **Art. 81 –I CPE** que proclama la obligatoriedad de la educación sólo hasta el bachillerato.

e.- La norma es inconstitucional porque libera a los hijos mayores de edad del deber de todos los bolivianos de trabajar, según su capacidad física e intelectual como lo previene el **Art. 108 -5 CPC**.

f.- Es inconstitucional el **Art. 264 CF** porque su contenido está en contra del **Art. 64 –I CPE**, norma que goza de aplicabilidad inmediata y preferente, tal y como lo establecen los **Arts. 109 –I, 410 y la Disposición Final del la CPE** de 07-02-2009.

g.- Conceder asistencia a los hijos mayores de edad es violentar el **Art. 64 –I CPE** que sólo reconoce este derecho a los hijos mientras sean menores de edad o tengan alguna discapacidad; mayoría de edad que debe ser aplicada de acuerdo al mandato contenido en el **Art. 144 –I CPE**, es decir, la misma se adquiere a los 18 años de edad.

h.- El **Art. 264 CF** entra en franca contrariedad con las disposiciones contenidas en los **Arts. 256 y 410 CPE**, porque violenta los **Arts. 2 y 32 del CNNA** y los **Tratados y Convenios Internacionales** que sobre la materia tiene firmados y ratificados el Estado boliviano, como ser:

I.- Arts. 2 y 32 Código Niña, Niño y Adolescente:

Art. 2°.- Sujetos de Proteccion

Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos. En los casos expresamente señalados por Ley, sus disposiciones se aplicarán excepcionalmente a personas entre los dieciocho y veintiún años de edad.

Art. 32°.- Deber de los Padres

Los padres están obligados a prestar sustento guarda protección y educación a los hijos conforme a lo dispuesto por el Código de Familia. Asimismo tienen el deber de cumplir y hacer cumplir las determinaciones judiciales impuestas en favor de sus hijos que no hayan llegado a la mayoría de edad.

2.- Art. 1° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño:

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

3.- Arts. 1, 2, 6, 7, 16, 25 y 26 Declaración Universal de los Derechos del Hombre:

Artículo 1.

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 6.

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7.

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 16.

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la Sociedad y del Estado.

Artículo 25.

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26.

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

4.- Arts. 17 y 19 de la Convención Americana sobre DDHH o Pacto de San José de Costa Rica:

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

CONTRADICCIONES E INCOHERENCIAS EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

I.- Esta es la fundamentación que se realiza en la SC 0165-2010 -R de 17-05:

“III.4. Las normas del bloque de constitucionalidad sobre la niñez, sus derechos y la guarda

En noviembre de 1989, la Organización de las Naciones Unidas promulgó la Convención sobre los derechos del niño, que fue ratificada por Bolivia el 14 de mayo de 1990 por Ley 1152. Esa Convención, como ya lo señaló la SC 0223/2007-R, “es considerada como el instrumento jurídico internacional más importante sobre el tema, que se adscribe a la doctrina de la **protección integral de la niñez** que se sustenta en cuatro pilares: el derecho a la subsistencia, al desarrollo, a la protección y a la participación. El primero implica un reconocimiento de niveles de vida adecuados y acceso a los servicios básicos; el segundo, que los niños deben desarrollarse de manera armoniosa, con respecto, afecto y dignidad, desenvolviéndose en todos los ámbitos como la educación, el

juego, actividades culturales, la libertad de pensamiento, de conciencia y religión; el derecho a la protección, comprende la tutela contra las formas de explotación y crueldad y la separación arbitraria de la familia, y, por último, el derecho a la participación, implica la libertad de expresar opiniones y manifestarse respecto a cuestiones que afectan su propia vida, lo que significa que ningún proceso pueda desarrollarse sin escuchar la opinión del niño (Sandra de Kolle, Carlos Tiffer, Justicia Juvenil en Bolivia)".

Los principios de la indicada Convención, como ya lo señalara la SC 0203/2007-R, pueden resumirse en los siguientes:

1.El principio de la no discriminación, por el cual los derechos contenidos en la Convención se aplican a todos los niños, con independencia de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, opinión política, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento u otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (art. 2 de la Convención).

2.El principio de interés superior, por el cual las decisiones de los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos deben atender el interés superior del niño, teniendo en cuenta los "derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley" (art. 3 de la Convención).

3.El principio de unidad familiar, que reconoce a la familia como el medio ideal para el desarrollo del niño, de donde surge la obligación del Estado de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, de los tutores y otras personas encargadas de impartir la dirección y protección apropiada para que el niño ejerza los derechos de la Convención (art. 5).

4.El principio de autonomía progresiva, que implica que los niños deben lograr en forma progresiva el ejercicio autónomo de todos sus derechos, consiguiendo superar el criterio dominante referido a que los padres tienen poder sobre los niños al carecer éstos de autonomía, para entender que los progenitores sólo tienen la función de orientar y dirigir en forma apropiada a los niños para que estos ejerzan sus derechos, como anota el **art. 5 de la Convención**.

En este contexto, dentro de la **autonomía progresiva**, resalta el principio de participación o de respeto a las opiniones del niño, previsto en el **art. 12 de la Convención**, que determina: "1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al

niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

En ese contexto normativo internacional, la Constitución Política del Estado, se inscribe dentro de la corriente de protección integral adoptada por la Convención, pues en el **art. 59.I** establece que toda niña, niño y adolescente tiene derecho a su desarrollo integral, y se reconocen, entre otros, los principios de no discriminación (art. 59.III), de unidad familiar (art. 59.II), el principio de interés superior (arts. 59.II y 60) y la **autonomía progresiva**, en sentido que las actividades que realicen los niños y adolescentes en el marco familiar y social están orientadas a su formación integral como ciudadanos, y tendrán una función formativa (art. 61 de la CPE).

Por su parte, el **Código Niño, Niña y Adolescente** de 27 de octubre de 1999, considera a los niños y adolescentes como titulares de todos los derechos, que pueden ser ejercidos directamente de acuerdo a su edad y desarrollo, y también reconoce los principios de no discriminación (art. 3), de interés superior (arts. 6 y 7), de unidad familiar (art. 27 y ss.) y el de autonomía progresiva, que inspira todas las normas del Código, siendo la más importante para el ejercicio autónomo de sus derechos, la contenida en el **art. 103**, al señalar, en cuanto a la libertad de expresión y opinión, que “El niño, niña, o adolescente que esté en condiciones de emitir un juicio propio, tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, por los medios que elija y a que se tome en cuenta sus opiniones”.

Bajo el criterio del interés superior del niño, el **art. 196 de la CPEabrg**, establecía que: “En los casos de separación de los cónyuges, la situación de los hijos se definirá teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos. Las convenciones que celebraren o las proposiciones que hicieren los padres pueden aceptarse por la autoridad judicial siempre que consulten dicho interés”.

Norma que en virtud, a la previsión constitucional contenida en el **art. 194. II de la CPEabrg**, también era **aplicable a las uniones libres o de hecho**, pues las mismas, de acuerdo a esa norma, producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de ella.

La Constitución vigente, en el art. 60 determina que: “Es deber del Estado, la sociedad y la familia, garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado”.

Por otra parte, el art. 63 de la CPE, señala que: las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que en el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas.

Y el art. 64 señala que: los cónyuges o convivientes tienen del deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad. (...) (Negrillas y subrayado han sido agregados).

En esta Sentencia Constitucional se privilegia el derecho de los hijos menores de edad a la no discriminación y el respeto al principio de la autonomía progresiva, esto es, que de manera progresiva se les debe reconocer a los menores de edad la posibilidad de ejercer de manera autónoma sus derechos y defender sus intereses.

En realidad, se argumenta que los padres pierden autoridad frente a los hijos cuando éstos adquieren mayoría de edad; lo que quiere decir, por contrapartida, que también dejan de ser responsables de los actos de sus hijos, cuando son mayores de edad.

En el contrapeso que debe existir entre derechos y obligaciones, todo parece que calza adecuadamente. Los padres pierden autoridad y los hijos comienzan a ejercer de manera autónoma y progresiva sus derechos; pero en otro lado de la balanza, los hijos mayores de edad deben procurar sobrevivir por sí mismos (sustento y educación), asumiendo las consecuencias de sus actos y los padres dejan de asumir la obligación de mantenerlos y educarlos desde que son mayores de edad y no tienen ninguna discapacidad que les prive de procurarse el sustento y la educación.

2.- La SCP 1033-2012 –AAC de 05-09, concede asistencia a hijo mayor de edad y sin ninguna discapacidad:

Estos los argumentos expuestos en la SCP 1033-2012 –AAA de 05-09:

III.2. Sobre la asistencia familiar y el derecho a la educación

La legislación nacional en esta materia exige que los progenitores obligados deban encontrarse económicamente capacitados con ingresos monetarios regulares y fehacientemente demostrables. La prueba debe estar presente en el momento de fijarse la pensión, para que la obligación sea legalmente impuesta y judicialmente exigible. El **art. 20 del CF**, establece: "La asistencia sólo puede ser pedida por quien se halla en situación de necesidad y no está en posibilidades de procurarse los medios propios de subsistencia".

Respecto al derecho a la educación, la **SCP 0275/2012 de 4 de junio**, señala: "La Constitución Política del Estado, en cuanto al derecho a la educación en su art. 9.5 dispone que es fin del Estado: 'El Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo'. En su art. 13.I, indica que: 'Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos'.

El art. 59.V de la CPE establece: 'El Estado y la sociedad garantizarán la protección, promoción y activa participación de las jóvenes y los jóvenes en el desarrollo productivo, político, social, económico y cultural, sin discriminación alguna, de acuerdo con la ley', para luego en el **art. 77** disponer: 'La educación constituye una función suprema y primera responsabilidad financiera del Estado, que tiene la obligación indeclinable de sostenerla, garantizarla y gestionarla', señalando finalmente en el art. 82 de la Ley fundamental que: 'El Estado garantizará el acceso a la educación y la permanencia de todas las ciudadanas y los ciudadanos en condiciones de plena igualdad'.

Todos los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos, reconocen el derecho a la educación, principalmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El **art. 13.I del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, recogiendo el **art. 26.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos**, señala que: 'Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar

efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz’.

(...)

El derecho a la educación confiere a todo ser humano el acceso a un sistema educativo en todos los niveles avalando su formación como un alto fin del Estado. En conclusión, el derecho a la educación, requiere de los poderes públicos acciones reales que garanticen en todos los casos su efectivo disfrute. **El derecho a la educación es un derecho in crescendo en su ejercicio**, en tanto y en cuanto se adquiera una mayor formación en los distintos niveles del proceso de aprendizaje, mejorando el nivel de vida y siendo útil a la sociedad, fines éstos encaminados al ‘Vivir Bien’”.

Así, la **Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 26.1** establece: “Toda persona tiene derecho a la educación...la instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos’, y el numeral 2 del mismo artículo dice: ‘La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales...’” (las negrillas son nuestras).

De la misma forma la **Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes** (Acta Final), señala: “Art. 1. La presente Convención considera bajo las expresiones ‘joven’, ‘jóvenes’ y ‘juventud’ a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de Iberoamérica, comprendidas **entre los 15 y los 24 años de edad**. Esa población es sujeto y titular de los derechos que esta Convención reconoce...”. Con relación al derecho a la educación, el **art. 29** “Derecho a la formación profesional. 1. Los jóvenes tienen derecho al acceso no discriminatorio a la formación profesional y técnica inicial, continua, pertinente y de calidad, que permita su incorporación al trabajo” (Organización Iberoamericana de Juventud. BOLIVIA Viceministerio de Género y Asuntos Generacionales Ministerio de Justicia).

En base al fundamento del derecho a la educación de los hijos, el tribunal constitucional se ha pronunciado a favor de la asistencia familiar a los hijos mayores de edad y que no tienen ninguna discapacidad.

La SCP 1033-2012 transcrita en sus partes más sobresalientes, sin hacer ninguna mención o referencia al Art. 64 –I CPE, en la práctica violenta la norma suprema sin justificativo alguno.

Debe prevalecer el mandato de la norma constitucional o la norma ordinaria del código de familia que es de fecha anterior a la constitución de 2009? Consideramos que, el Art. 64 –I CPE ha dejado sin efecto legal alguno el Art. 264 CF.

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 28 de febrero y 30 de agosto, 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. 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.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de 30 páginas:
- 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: A) o Números: 1°

VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán excepcionalmente y sólo para contener texto adicional y nunca referencias bibliográficas, aunque podrán hacer referencia a la bibliografía.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

VII. Citas

Serán utilizadas para textos que apoyan una afirmación o aclaran una hipótesis de trabajo. Si son breves deben incluirse en el texto, cuidando de ponerlas entrecomilladas o con una letra de tipo diferente para distinguir el texto citado, del resto del texto. Cuando la longitud del texto citado exceda de dos líneas, deberá llevarse a una nota a pie de página.

VIII. Referencias bibliográficas

Todas las citas se ajustarán a las normas de publicación de trabajos de la American Psychological Association (APA) en su "Publication Manual" (Washington, 1994).

Las referencias bibliográficas se escriben al final del artículo, todo en minúsculas salvo la primera letra, en una hoja aparte y en estricto orden alfabético.

El manual APA distingue y clasifica las referencias de acuerdo al tipo de material:

Libros.- Autor (apellido -sólo la primera letra en mayúscula-, coma, inicial de nombre y punto; en caso de varios autores, se separan con coma y antes del último con una “y”), año (entre paréntesis) y punto, título completo (en letra cursiva) y punto; ciudad y dos puntos, editorial. Ejemplos:

- Apellido, I., Apellido, I. y Apellido, I. (1995). Título del Libro. Ciudad: Editorial.
- Tyrer, P. (1989). Classification of Neurosis. London: Wiley.
- **Capítulos de libros colectivos o actas.-** Autores y año (en la forma indicada anteriormente); título del capítulo, punto; “En”; nombre de los autores del libro (inicial, punto, apellido); “(Eds.);”, o “(Dir.);”, o “(Comps.);”; título del libro en cursiva; páginas que ocupa el capítulo, entre paréntesis, punto; ciudad, dos puntos, editorial. Ejemplos: Autores (año). Título del Capítulo. En I. Apellido, I. Apellido y I. Apellido (Eds.), Título del Libro (págs. 125-157). Ciudad: Editorial.
Singer, M. (1994). Discourse inference processes. En M. Gernsbacher (Ed.), Handbook of Psycholinguistics (pp. 459-516). New York: Academic Press.
- **Artículos de revista.-** Autores y año (como en todos los casos); título del artículo, punto; nombre de la revista completo y en cursiva, coma; volumen en cursiva; número entre paréntesis y pegado al volumen (no hay blanco entre volumen y número); coma, página inicial, guión, página final, punto.
Ejemplos:
Autores (año). Título del Artículo. Nombre de la Revista, 8(3), 215-232.
Gutiérrez Calvo, M. y Eysenck, M. W. (1995). Sesgo interpretativo en la ansiedad de evaluación. Ansiedad y Estrés, 1(1), 5-20.
- **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...

IX. Otras secciones de la Revista.

- **Comentarios normativos.**- Extensión no superior a 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo que debe ser transcrito por el autor del comentario.
- **Comentarios jurisprudenciales.**- Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo que debe ser transcrito por el autor del 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.

