

# AI S

## ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 1

Número 2

Diciembre 2013

eISSN: 2340-5155

<http://revistas.usal.es/index.php/ais/issue/view/713>



Ediciones Universidad  
**Salamanca**



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

# AI S

---

## ARS IURIS SALMANTICENSIS

---

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 1

Número 2

Diciembre 2013

eISSN: 2340-5155

### EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

#### Director

Fernando CARBAJO CASCÓN (Universidad de Salamanca, España)

#### Secretario

Juan Pablo APARICIO VAQUERO (Universidad de Salamanca, España)

#### Consejo de Redacción

Fernando ANDRADE FERNANDES (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil)

Susy Inés BELLO KNOLL (Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina)

Diego Pablo FERNÁNDEZ ARROYO (Institut d'Études Politiques de Paris, Francia)

Codirector de Global Governance Studies)

Agustín Enrique FERRARO CIBELLI (Universidad de Salamanca, España)

Enrique GACTO FERNÁNDEZ (Universidad de Murcia, España)

José Luis GOÑI SEIN (Universidad Pública de Navarra, España)

Alejandro GUZMÁN-BRITO (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile)

Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (Universidad de Salamanca, España)

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS (Universidad de Salamanca, España)

Coordinación Secciones de Crónica de Legislación y Reseñas de Jurisprudencia

Antonia DURÁN AYAGO (Universidad de Salamanca, España)

#### Consejo Científico

Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA (Universidad de La Laguna, España)

Carmela CAMARDI (Università «Ca' Foscari» di Venecia, Italia)

Jordi FERRER BELTRÁN (Universidad de Gerona, España)

Marta DEL POZO PÉREZ (Universidad de Salamanca, España)

José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Universidad de Zaragoza, España)

Carlos GARRIGA ACOSTA (Universidad del País Vasco, España)

Alejandro M. GARRO (Columbia University, Estados Unidos)

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (Universidad Complutense de Madrid, España)

Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia)

Javier LASARTE ÁLVAREZ (Universidad Pablo de Olavide, España)

Pilar MARTÍN ARESTI (Universidad de Salamanca, España)

Augusto MARTÍN DE LA VEGA (Universidad de Salamanca, España)

Alejandro RAMELLI (Universidad de Los Andes, Colombia. Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia)

Luis MARTÍN REBOLLO (Universidad de Cantabria, España)

Lourdes RUANO ESPINA (Universidad de Salamanca, España)

Miguel Ángel RODILLA GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (Universidad de Salamanca, España)

César SAN JUAN GUILLÉN (Universidad del País Vasco, España.

Subdirector de Investigación del Instituto Vasco de Criminología)

Fabien TERPAN (Institut d'Études Politiques de Grenoble, Francia)



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

# AI S

---

## ARS IURIS SALMANTICENSIS

---

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 1

| Número 2

| Diciembre 2013

| eISSN: 2340-5155

### SECRETARÍA DE REDACCIÓN:

Revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS)  
Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca  
Vicedecanato de Docencia y Relaciones Institucionales

### CONTACTO

Dr. Fernando CARBAJO CASCÓN (Director)  
Dr. Juan Pablo APARICIO VAQUERO (Secretario)  
Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca  
Campus Miguel de Unamuno, s/n • 37007 Salamanca (España)  
Teléfono: +34 923 29 44 41  
Correo-e: [ais@usal.es](mailto:ais@usal.es)

<http://campus.usal.es/derecho>

[http://campus.usal.es/~revistas\\_trabajo/index.php/ais/index](http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/index)

La revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS) se publica exclusivamente en formato electrónico y su divulgación será a través de los portales propios de la Universidad de Salamanca y de todos aquellos otros portales o repositorios con los que existan acuerdos de colaboración, así como la realización de resúmenes de los mismos para la difusión de tales obras y de la revista en su conjunto.

### Propiedad intelectual de la revista *ARS IURIS Salmanticensis* (AIS)

El autor cede a la Universidad de Salamanca (Ediciones Universidad de Salamanca) los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública necesarios para la explotación de su obra en la revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS) en formato electrónico y su divulgación a través de los portales propios de la Universidad de Salamanca y de todos aquellos otros portales o repositorios con los que existan acuerdos de colaboración, así como la realización de resúmenes de los mismos para la difusión de tales obras y de la Revista en su conjunto. La cesión de derechos tiene carácter exclusivo, gratuito, indefinido y de alcance mundial.

El autor *garantiza* que el trabajo remitido constituye una obra original de su creación, no copiado ni plagiado en todo o en parte de la obra de terceros, ni publicado anteriormente en otro lugar. Se *compromete*, además, a no remitir el mismo artículo a otras publicaciones mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS); no obstante, transcurridos seis meses desde su envío sin aceptación formal para su publicación, o antes, si la Revista lo hubiera rechazado, podrá de nuevo el autor disponer libremente de su trabajo para publicarlo en otro lugar.

El autor *garantiza*, igualmente, que ha respetado las normas de elaboración del trabajo habituales en su ámbito de estudio, así como las relativas a los derechos de autor de los textos, gráficos y demás materiales incluidos en sus textos remitidos a *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS).

Pretende mantener los *más altos estándares de calidad* en sus publicaciones. Sin perjuicio de la responsabilidad que, en primera instancia, tienen los propios autores cuidando la honestidad, altura creativa y autenticidad de su obra, los editores, los miembros del Consejo de Redacción y los revisores de la Revista velarán por el mantenimiento de la integridad, calidad y originalidad de la investigación.

### NORMAS PARA AUTORES/AS

Diseño de cubierta: Fernando Benito e Intergraf  
Maquetación: Intergraf  
Corrección de pruebas: María Eloísa Revilla





Ediciones Universidad  
**Salamanca**

# AI S

---

## ARSIURIS SALMANTICENSIS

---

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

---

Volumen 1

| Número 2

| Diciembre 2013

| eISSN: 2340-5155

## ÍNDICE

---

### TRIBUNA DE ACTUALIDAD

---

1. La nulidad de las cláusulas suelo  
*por Eugenio Llamas Pombo* ..... 11-17
2. Universidades y Derecho de Autor  
*por Juan José Marín López*..... 19-26
3. Compartiendo experiencias en la promoción  
de la Justicia Socioambiental. La situación en España  
*por Antonio Vercher Noguera*..... 27-32
4. La Ley de Emprendedores  
y sus repercusiones jurídicas  
*por Francisco Javier Olmedo Castañeda*..... 33-39

---

### ESTUDIOS

---

1. La aplicación judicial del derecho de la competencia en Portugal  
*por J. M. Coutinho de Abreu*..... 43-60
2. La autonomía de las organizaciones religiosas en  
el Estado Constitucional de Derecho en dos recientes  
fallos jurisprudenciales  
*por Alfonso Santiago y Juan Andrés Navarro Gamboa* ..... 61-82
3. Ética y Política en los laberintos de la postmodernidad  
*por Víctor Alarcón Olguín* ..... 83-96
4. La huella de mordedura humana como manifestación de violencia:  
una aproximación criminológica  
*por Lizbeth de las Mercedes Rodríguez*..... 97-114

5. El <i>favor debilis</i> como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas por Gustavo J. Schötz .....	115-150
---	---------

---

## CRÓNICA DE LEGISLACIÓN

---

(ENERO-JUNIO 2013)

Derecho Administrativo.....	155-173
Derecho Civil .....	174-186
Derecho de Extranjería .....	187-196
Derecho Financiero y Tributario .....	197-202
Derecho Mercantil .....	203-210
Derecho Procesal .....	211-219
Derecho del Trabajo .....	220-226

---

## RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

---

(ENERO-JUNIO 2013)

Derecho Administrativo.....	231-237
Derecho Civil .....	239-240
Derecho Eclesiástico del Estado.....	241-247
Derecho Financiero y Tributario .....	248-253
Derecho Internacional Privado .....	254-258
Derecho Internacional Público .....	259-265
Derecho Mercantil .....	266-282
Derecho Penal.....	283-285
Derecho Procesal .....	286-288
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.....	289-293



## TABLE OF CONTENTS

---

### CURRENT DEVELOPMENTS TRIBUNE

---

1. Nullity of «floor clauses» <i>Eugenio Llamas Pombo</i> .....	11-17
2. Universities and copyright <i>Juan José Marín López</i> .....	19-28
3. Sharing experiences in the promotion of socio-environmental Justice. The situation in Spain <i>Antonio Vercher Noguera</i> .....	27-32
4. Entrepreneurs Act and its legal implications <i>Francisco Javier Olmedo Castañeda</i> .....	33-39

---

### ARTICLES

---

1. Judicial enforcement of Competition Law in Portugal <i>J. M. Coutinho de Abreu</i> .....	43-60
2. The autonomy of religious organizations in the Constitutional State in two recent court decisions <i>Alfonso Santiago and Juan Andrés Navarro Gamboa</i> .....	61-82
3. Ethics and Politics in the labyrinths of post-modernity <i>Víctor Alarcón Olguín</i> .....	83-96
4. Human bitemark as manifestation of violence: a criminological approach <i>Lizbeth de las Mercedes Rodríguez</i> .....	97-114

5. The <i>favor debilis</i> as a general principle of private international law. Its particular application to cross-border consumer relations <i>por Gustavo J. Schötz</i> .....	115-150
---	---------

---

**LAW REVIEW**

(JANUARY-JUNE 2013)

Administrative Law .....	155-173
Civil Law .....	174-186
Inmigration Law .....	187-196
Tax Law .....	197-202
Commercial Law .....	203-210
Procedural Law .....	211-219
Labour Law .....	220-226

---

**CASE LAW**

(JANUARY-JUNE 2013)

Administrative Law .....	231-237
Civil Law .....	239-240
Ecclesiastical Law of the State.....	241-247
Tax Law .....	248-253
International Private Law.....	254-258
International Public Law.....	259-265
Commercial Law .....	266-282
Criminal Law.....	283-285
Procedural Law .....	286-288
Labour Law .....	289-293

**—— TRIBUNA DE ACTUALIDAD ——**



# La nulidad de las cláusulas suelo

**Eugenio Llamas Pombo**

Catedrático de Derecho Civil

Fecha de recepción: septiembre de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2013

La nulidad del contrato ha sido, durante décadas, una rara especie en la jurisprudencia, que la venía apreciando con singular racanería. Sin embargo, una (entre tantas) de las peculiaridades de la situación económica y financiera en que nos encontramos es la proliferación de los pronunciamientos de nulidad contractual, como efecto, por una parte, de la consolidación y madurez legislativa de la regulación de las condiciones generales y las cláusulas abusivas, inaugurada con la Directiva 93/13, que dio lugar en nuestro ordenamiento a la Ley de Condiciones Generales y a importantes preceptos *ad hoc*, hoy refundidos en el Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios; y, por otra, de la laxitud con la que las entidades financieras redactaban los clausulados generales durante los años de la euforia.

Junto a los *clips* y *swaps*, y las denominadas «preferentes» (más cercanas a los dominios del Derecho penal, en sus confines de la estafa, que al mero cuestionamiento civil del contrato), el establecimiento de las denominadas cláusulas-suelo es una de las prácticas contractuales que más se están cuestionando los tribunales. Son ya copiosos los pronunciamientos de los Juzgados de lo Mercantil y, luego, de las Audiencias Provinciales. No todos se muestran coincidentes en cuanto a sus razonamientos y conclusiones, y han dado lugar, en ocasiones, a singulares votos particulares de algunos magistrados. Y ello resulta lógico, pues resultan numerosos y controvertidos los diferentes aspectos que involucra la determinación de que una cláusula contractual, de las denominadas «suelo», resulta oscura y/o abusiva y, por tanto, nula. Pero lo

cierto es que, con anterioridad a la «mediática» Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 9 mayo 2013, se puede afirmar que ya existía una doctrina suficientemente depurada por las Audiencias Provinciales, de la que constituye un magnífico exponente la pionera SAP Cáceres de 23 de mayo de 2012, de la que fue ponente D. Luis Sanz Acosta, quien además es profesor asociado de nuestra facultad (dicha sentencia tuvo Voto Particular de D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Teresa Vázquez Pizarro).

¿Cuáles son los ingredientes jurídicos que involucra el enjuiciamiento de estas cláusulas-suelo?

1.º) Para centrar el tema con precisión, hemos de aclarar que nos referimos a aquella condición general de un contrato de préstamo hipotecario concertado a interés variable, que establece un tipo mínimo y máximo de referencia, es decir, una cláusula limitativa del tipo de interés, esto es, la conocida como «cláusula suelo-techo». Y no, en puridad, a las denominadas cláusulas-suelo, donde únicamente se establecía un tipo mínimo, cuya nulidad, por evidente desequilibrio prestacional del adherente, en beneficio de la entidad bancaria, resulta más que evidente y no ofrece tanto problema.

2.º) Para defenderse de la imputación de abusividad, las entidades bancarias demandadas suelen negar a la cláusula suelo-techo la cualidad de Condición General de la Contratación por faltar los requisitos de predisposición e imposición, y rechazan que el consumidor se haya «adherido» al contrato, con la alegación de que, con carácter previo a la firma de la escritura de préstamo, ya se habían negociado y pactado las condiciones y el tipo de interés aplicable en la oferta vinculante.

Ciertamente, como es bien sabido, la existencia de una negociación individual (y, por tanto, la ausencia de predisposición) priva a una cláusula contractual de la cualidad de condición general. Pero la prueba de la existencia de tal negociación incumbe de manera muy rigurosa a quien la alega, por disposición del artículo 82.2 del TRLDCU.

Pues bien, la jurisprudencia a que nos referíamos afirma que, a pesar de la existencia de una escritura pública y del control efectuado por el notario, en el proceso hay un desconocimiento de la oferta vinculante, de donde resulta que no hay prueba de la información sobre la cláusula que opere como presupuesto del conocimiento por la misma del actor. Es más, a dicha conclusión conduce también la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuyas disposiciones ponen claramente de manifiesto que este tipo de cláusulas no son negociadas individualmente y que la redacción de las mismas se realiza por la entidad financiera, sin posibilidad de negociación alguna por el consumidor.

Por lo demás, acertadamente niegan las sentencias el argumento de que, al estar regulada la «cláusula suelo» por la mencionada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, y aun cuando fuera catalogada de Condición General de la Contratación, se excluye del ámbito de aplicación de la LCG, de conformidad a lo establecido en su

artículo 4. Y ello al considerar que la existencia de disposiciones administrativas como la citada Orden Ministerial «tienen una esfera y ámbito de actuación perfectamente delimitado, cual es la regulación interna y el control administrativo, con aquellas funciones específicas del Banco de España, que en modo alguno pueden incidir en la función jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales, al amparo de los artículos 24, 117 apartados 3 y 4 de la CE y 21 y 22.4 de la LOPJ, que establece como competencia propia y específica, la tutela jurisdiccional civil de los contratos de consumidores».

3.º) Se cuestiona en segundo lugar si estas cláusulas, al incidir en la delimitación del tipo de interés del préstamo, constituyen elemento esencial del contrato, conformando su precio, por lo que vienen excluidas del control judicial de abusividad.

Como es sabido, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas efectivamente excluía del control de abusividad la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y bienes o servicios prestados. Previsión que no contiene nuestra Ley de Condiciones Generales, lo que motivó en su momento un encendido debate doctrinal entre quienes sostenían que el silencio de nuestro legislador había de interpretarse como un mero olvido, para entender aplicable a nuestro ordenamiento jurídico la limitación de la Directiva, y quienes sostuvimos justamente lo contrario: siempre consideré (al principio, en minoría respecto del resto de los autores) que tal silencio significaba una deliberada opción legislativa que, a partir del carácter de la Directiva como «de mínimos», excluye en nuestro Derecho dicha limitación, y permite que los tribunales examinen la abusividad de todo tipo de cláusulas, con independencia de su incidencia en el contenido del contrato.

El problema dio lugar al planteamiento por el Tribunal Supremo (antes de dictar la STS 4 noviembre 2010) de una cuestión prejudicial ante el TJUE, con motivo del enjuiciamiento de las cláusulas de redondeo al alza, que fue resuelta por dicho Tribunal europeo en el sentido de que «en el ordenamiento jurídico español, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible».

Es más, a partir de una conocida Sentencia del Juzgado Mercantil n.º 9 de Madrid, los tribunales han acabado cuestionando también la circunstancia de que la cláusula suelo tenga el carácter esencial pretendido. Sostienen que el consumidor «percibía» la cláusula como una «imposición o condición accesorio». Me parece más discutible esta afirmación. Lo relevante a estos efectos (no a otros) no es cómo perciba o deje de percibir la cláusula el consumidor, sino de si objetivamente aquel aspecto del contrato sobre el que incide viene a regular uno de los elementos esenciales del contrato. Y, según me parece, la determinación del tipo de interés evidentemente constituye

elemento esencial de un contrato de préstamo, incluso si es sólo para establecer una limitación cuantitativa de su carácter variable.

4.º) Por último, se plantea en estos casos el problema de control de contenido puro y duro: si este tipo de cláusulas son conformes al principio de libertad de pacto, o resultan contrarias a la buena fe y causan desequilibrio entre las prestaciones de los contratantes, en perjuicio del consumidor. El argumento de los bancos es claro: puesto que la cláusula establece no sólo un suelo (en torno al 3 o 3,5%) sino también un techo (que a menudo está sobre el 12%, y en ocasiones llega hasta ¡el 15%!), no puede afirmarse que exista una falta de reciprocidad en el contrato, pues pesa por igual sobre ambas partes, por lo que es «proporcionada».

En este punto es donde la jurisprudencia ha desarrollado un esfuerzo argumentativo más encomiable. Parte, eso sí, de la licitud del pacto de limitación de intereses, en el marco del principio de autonomía de la voluntad. Ahora bien, nos dice, para que en el caso concreto se pueda sostener esa validez es esencial que cubra a ambas partes en similar medida o alcance, que la limitación o el tope de intereses se cumpla realmente, desde el punto de vista material y no como simple formalidad. Es decir, que las limitaciones al alza y a la baja sean semejantes o proporcionales. Se ha sostenido, incluso por la mencionada sentencia del Juzgado Mercantil n.º 9 de Madrid, que dicha reciprocidad es de carácter jurídico, no económico, y que no es posible estudiar la reciprocidad desde la perspectiva del correcto equilibrio económico de las prestaciones. La posición mayoritaria de las audiencias provinciales se pronuncia en contra de tal posición, y acierta, a mi juicio.

No hay ninguna norma que permita excluir del análisis de abusividad los aspectos cuantitativos de un contrato: antes bien, al contrario, la primera norma tuitiva de los consumidores de nuestra historia legislativa, que fue la Ley Azcárate de represión de la usura de 23 de julio de 1908, ya se fijaba (y lo sigue haciendo, pues sigue vigente) justamente en el valor cuantitativo del tipo de interés para determinar si el mismo resulta o no usurario. No existe una dicotomía entre «proporcionalidad jurídica» y «proporcionalidad económica», sino que ambas van indisolublemente unidas en toda relación contractual. Y el establecimiento de un techo del 12 o el 15%, absolutamente insólito en la historia financiera de nuestro país de los últimos 20 años, constituye claramente una argucia formal para vestir de reciprocidad algo que en absoluto la tiene y sólo va dirigido a otorgar validez al suelo del 3 o el 4%. Es lo que la jurisprudencia denomina agudamente una «visión integral de la reciprocidad».

Visión que los tribunales atinadamente vinculan con las exigencias de la buena fe, entendida como canon de lealtad, rectitud, honestidad o corrección, como pauta de conducta que debe presidir el comportamiento de los contratantes a través de un conjunto de reglas no escritas pero conocidas por todos, que generan una confianza en que el otro contratante actuará con la misma honestidad y lealtad. Desde este punto de vista, es evidente que un pacto que sólo cubriera el interés del prestamista,

es decir, un pacto que sólo contuviera la cláusula suelo, sería nulo por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor. Para sostener la validez del pacto se exige que el mismo cubra aparentemente los intereses de uno u otro contratante para que no pueda ser atacado desde la perspectiva de la falta de reciprocidad. Así, para soslayar la imputación de falta de equilibrio contractual, la entidad bancaria actúa en contra de las exigencias de la buena fe, imponiendo una prerrogativa unilateral bajo una formal reciprocidad, que encubre una real y clara desproporción. Una vez más, la buena fe acaba resultando la clave del asunto, pero, en esta ocasión, los tribunales son conscientes explícitamente de ello.

Expuesta la que podríamos considerar doctrina mayoritariamente consolidada en las audiencias provinciales, parece ineludible retomar el asunto a la luz de la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, de la que es ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos, que viene a fijar en casación la posición del alto tribunal sobre las cláusulas suelo en las hipotecas a interés variable.

Son muy numerosos los aspectos llamativos de la resolución, como el mero hecho de precisar ¡138 páginas! para abordar y resolver el problema (no creo yo que haga falta tanto; *excusatio non petita*...). O la mezcla de conceptos que entraña la proclamación de que «a) el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCG para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato». O la paradójica discusión acerca de la abusividad de las cláusulas (control de contenido) cuando ya se ha pronunciado su falta de transparencia. Si, como resultado del control de inclusión, una cláusula resulta oscura, huelga ya efectuar el control de contenido.

Pero hay un aspecto de la sentencia que ha dejado perplejo a más de uno, y desde luego a quien esto escribe: su fundamento jurídico decimoséptimo, tras reconocer que la nulidad del contrato tiene siempre efectos retroactivos, algo que no debería requerir mucha explicación a tenor del artículo 1303 del CC, afirma (extraigo los párrafos más relevantes):

- «No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho –entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)–, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones...».

- «Singualmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial)».
- «También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad...».
- «En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds...».
- «También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que “[l]a «*restitutio*» no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad» (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009).
- «Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas».

Pues bien, sobre la base de dichos argumentos, se declara «la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que *la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia*».

He de decir que tal argumentación no me convence. No parece hacerlo tampoco a algunos tribunales inferiores que ya han tenido oportunidad de manifestar su resistencia a dar cumplimiento a sus postulados (por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 y Mercantil de Orense, de fecha 13 de mayo de 2013), pese a la autoridad de la que goza una Sentencia de Pleno.

No veo qué relación tiene la Ley 30/1992 en lo relativo a la nulidad de los actos administrativos, o las modernas leyes sectoriales sobre patentes y marcas, con la nulidad de los contratos, cuya secular teoría general hunde sus raíces más remotas en los principios del *Digesto*, maduró durante siglos a lo largo de todo el *ius commune*, y cristalizó de forma espectacular entre los siglos XVIII y XIX, con la Pandectística y la codificación civil. Ahí se construye la teoría general del contrato y, en su seno, el concepto de nulidad radical, que no puede hoy modificarse sobre la base de preceptos

legales aislados y ubicados en barrios del ordenamiento jurídico muy lejanos a dicha doctrina general. Ni siquiera, creo yo, es aceptable aquí el recurso a la analogía entre dichos preceptos, pues ésta sólo puede utilizarse para *suplir* lagunas legales. Y en el presente caso, si algo resulta evidente, es que no existe tal laguna. Antes bien, al contrario, existe un claro, preciso y terminante artículo 1303 del Código Civil, que no parece muy razonable interpretar (si es que, en cuanto a la retroactividad de los efectos de la nulidad, hay algo que interpretar) con apelación a los preceptos de unas leyes que nada tienen que ver con el objeto del problema: un contrato. Lo mismo podríamos decir acerca de la inconstitucionalidad de las leyes y los efectos de su declaración por el Tribunal Constitucional: nada tiene que ver con un contrato.

Más llamativa aún es la utilización como argumento ¡del texto de una enmienda! a la Ley de Crédito al Consumo. Y francamente preocupante resulta, con insistente apelación a las manifestaciones del Ministerio Fiscal, decidir acerca de la pretensión de un contratante frente a otro (no otra cosa es reclamar la devolución de las cantidades pagadas con base en una cláusula contractual declarada nula) con fundamento en los posibles trastornos y trascendencia de la sentencia en relación con el orden público económico.

Más bien sucede lo contrario, diríamos: la nulidad sí es una cuestión de orden público, y por tanto su régimen jurídico no puede acomodarse a consideraciones absolutamente ajenas al contrato. ¿O es que el pago por un ciudadano, durante años, de un tipo de interés que la propia resolución declara abusivo (puesto que la cláusula que lo establece lo es), no ha afectado, y de qué manera, al orden público económico?



# Universidades y Derecho de Autor

**Juan José Marín López**

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de recepción: octubre de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2013

1. Es un lugar común afirmar que la relación entre las Universidades y los derechos de autor y afines puede ser abordada desde un doble punto de vista: la Universidad como titular de esos derechos o la Universidad como usuaria de obras y prestaciones protegidas por ellos. En lo que se refiere a la primera de las perspectivas, y dejando ahora al margen las previsiones contenidas en la normativa sobre propiedad industrial (cfr. art. 20 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes), cabe afirmar que no existe ninguna regla que atribuya a la Universidad derecho de autor alguno sobre las obras creadas por sus profesores en el desarrollo de sus funciones de investigación. Los artículos 54.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y 36, último párrafo, y 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, no sientan una regla de esas características, incluso en la interpretación de esos preceptos más favorable para las Universidades. A lo máximo que se ha llegado es a obligar al autor a publicar una versión digital de sus artículos de investigación –no monografías, en mi opinión– en los términos descritos en el artículo 37.2 de la Ley 14/2011 siempre que concurra el requisito mencionado en ese precepto, a saber, que la actividad investigadora (más precisamente: la actividad investigadora en cuyo seno se haya producido la elaboración del artículo en cuestión) esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado. Esa obligación de publicación digital se entiende «sin perjuicio de los acuerdos en virtud de los cuales

se hayan podido atribuir o transferir a terceros los derechos sobre las publicaciones» (apartado 6 del artículo 37 de la citada Ley 14/2011), lo que constituye una salvaguarda en favor de los editores de dichas publicaciones.

A mi parecer, esta obligación de publicación en los comúnmente conocidos como repositorios institucionales de investigación es proporcionada y no cabe considerarla como una injerencia excesiva en los derechos patrimoniales que corresponden a todo autor por el solo hecho de la creación de su obra, incluso si se interpreta –así lo creo– como una obligación gratuita, sin contraprestación para el autor, por más que el precepto no sea explícito en este punto. El único derecho patrimonial afectado es el de reproducción, y solo en una única forma (bien que muy relevante, puesto que hará que la obra sea accesible *de facto* a todo el mundo), por lo que constituye una adecuada «contraprestación» a la financiación de la investigación con cargo al Erario público. Pero no debería irse más allá, pues las razones que fundamentan el artículo 20.2 de la Ley de Patentes para las «invenciones» no son trasladables *tout court* a las «creaciones» protegidas por derechos de propiedad intelectual.

La única excepción a lo anterior se predica de los profesores que estén ligados a la Universidad con un contrato de trabajo, ya que respecto de ellos rige la presunción de cesión de los derechos patrimoniales en los casos y con los requisitos previstos en el artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual. Así se encarga de recordarlo alguna normativa autonómica (cfr. art. 53.2 de la Ley de la Comunidad Autónoma de La Rioja 3/2009, de 23 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación), de manera tan innecesaria como inconstitucional, habida cuenta de que la legislación en materia de propiedad intelectual corresponde en exclusiva al Estado (art. 149.1.9.<sup>a</sup> CE) y las Comunidades Autónomas no solo no pueden adoptar decisiones normativas propias en este ámbito (como lo sería, desde luego, la que decidiera acerca de la titularidad del derecho de autor), sino tampoco, en buena técnica legislativa, reiterar las disposiciones del legislador estatal.

2. Con todo, ha sido en el ámbito de las Universidades como usuarias de obras protegidas donde se han producido las más relevantes novedades en los últimos tiempos, puesto que dos de ellas han sido judicialmente condenadas por vulneración del derecho de autor. En efecto, en virtud de demandas promovidas por la entidad de gestión Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona de 2 de mayo de 2013 ha condenado a la Universidad Autónoma de Barcelona, en tanto que la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de esa misma ciudad, de 2 de septiembre de 2013, ha hecho lo propio con la Universidad de Barcelona. Ambas han sido recurridas en apelación, pero la solidez de los argumentos utilizados por los Magistrados de primera instancia para fundar la condena, así como (en mayor medida si cabe) la inconsistencia e inanidad de los motivos de defensa de las demandadas, con alguna laguna muy llamativa a la que luego se hará mención, hacen presagiar que la Audiencia Provincial de Barcelona confirmará en lo

sustancial esos fallos condenatorios. Según informaciones periodísticas debidamente contrastadas, existe una tercera demanda promovida por CEDRO, en este caso contra la Universidad Carlos III de Madrid, basada en hechos similares, y que ha dado lugar a un proceso todavía en marcha.

La lectura de las dos sentencias de los Juzgados de lo Mercantil barceloneses pone de manifiesto la realización, en los llamados campus virtuales de las dos Universidades condenadas, de actos masivos de explotación de obras protegidas, consistentes en su reproducción y ulterior puesta a disposición, sin contar con la autorización de los titulares de los derechos (autores y editores). Los campus virtuales son herramientas para la docencia universitaria que se han implantado de manera progresiva en nuestras Universidades en los últimos años, a través de los cuales los docentes ponen a disposición de sus alumnos materiales de diversa naturaleza para el seguimiento de las explicaciones teóricas y la realización de actividades prácticas. El funcionamiento de los campus virtuales es sobradamente conocido: el profesor, mediante una clave de acceso proporcionada por su Universidad, accede al campus y, en su función de editor, coloca en él contenidos electrónicos en los formatos al uso (word, pdf, excel...); hecho lo anterior, comunica esta circunstancia a todos sus alumnos mediante el envío automatizado de un correo electrónico, a partir de cuyo momento los alumnos pueden acceder a esos contenidos a través del equipo adecuado (un ordenador, pero también una tableta, un teléfono inteligente o cualquier otro dispositivo semejante) y, según sus necesidades, visualizarlos, imprimirlos, copiarlos, trasladarlos a otro soporte, enviarlos por correo electrónico... La lectura de las sentencias antedichas demuestra que, en algunos casos, el acceso a esos documentos alojados en los campus virtuales está abierto no solo a los estudiantes de la Universidad, sino también al público en general.

Desde una perspectiva puramente jurídica, la conducta descrita, cuando afecta a obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, afecta a los derechos patrimoniales de reproducción y de puesta a disposición, tal como son definidos en los artículos 18 y 20.2, letra i), de la Ley de Propiedad Intelectual, respectivamente. Puede haber una (eventual) primera reproducción si el profesor convierte en soporte digital el contenido en soporte analógico (papel) que desea colocar en el campus virtual, y hay una (necesaria) segunda reproducción en el hecho de alojar ese soporte digital en el servidor del campus virtual, sea externo o interno a la propia Universidad. Después, hay un acto de puesta a disposición de tales contenidos dado que cualquier alumno con las claves adecuadas, o a veces incluso cualquier persona del público en general, puede acceder a tales contenidos desde el lugar y en el momento que elija.

**3.** Las relaciones entre CEDRO y las Universidades, públicas y privadas, agrupadas en la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE) fueron relativamente pacíficas cuando las obras circulaban en las aulas universitarias en soporte analógico, y se podían reproducir solo mediante fotocopias u otros sistemas de

reprografía, pero han sido, y siguen siendo, muy tensas en el actual entorno digital. Ambas instituciones firmaron en 1998 un Protocolo de Colaboración, prorrogado en 2003, que constituía un marco general de entendimiento acerca de las condiciones de utilización de las obras protegidas por parte de las Universidades. El acuerdo era un contrato general, en el sentido del artículo 157.1, letra c), de la Ley de Propiedad Intelectual, puesto que sentaba los criterios sobre los cuales tendrían que descansar las licencias individuales que CEDRO habría de conceder a cada una de las Universidades de la CRUE previa solicitud de éstas. No es impertinente recordar que la firma de este Protocolo de Colaboración se produjo tras la condena de alguna Universidad por la infracción de los derechos gestionados por CEDRO por actos de reprografía no autorizados (cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 2 de diciembre de 1998). A partir de ese momento se generalizó la práctica de los gestores universitarios de externalizar en favor de empresas privadas la prestación de los servicios de reprografía, inhibiéndose de este modo las Universidades de cualesquiera actos de vulneración de los derechos de propiedad intelectual que pudieran ser cometidos en la realización de esa actividad. Lo que explica que sean esas empresas privadas las demandadas por CEDRO en los supuestos de reprografía ilegal cometidos en las dependencias universitarias (por citar solo alguna reciente del Tribunal Supremo, véase su Sentencia de 9 de enero de 2013). La praxis demuestra que, *de facto*, las Universidades no han adoptado prácticamente ninguna cautela para asegurarse de que los concesionarios privados de los servicios de reprografía ejercen su actividad debidamente licenciados, ni tampoco han tomado medidas cuando han sido informadas por los titulares de que el correspondiente concesionario reproducía obras con violación de los derechos de propiedad intelectual.

Tras la finalización del Protocolo de Colaboración y sus prórrogas, y ya en un entorno plenamente digital, CEDRO y algunas Universidades han venido celebrando acuerdos para permitir la realización, con respeto a la Ley de Propiedad Intelectual, de actos de reproducción y puesta a disposición. Pero la mayoría de ellas han seguido desarrollado esa actividad sin ningún acuerdo de licencia. Esa circunstancia fue la que justificó que en mayo de 2010 CEDRO solicitara a la Comisión de Propiedad Intelectual (actualmente su Sección Primera) la iniciación de un procedimiento de mediación con la CRUE para la celebración de un contrato general entre ambas entidades relativo a los usos digitales de las obras protegidas. En el curso de ese procedimiento, al que la CRUE se sometió de manera voluntaria, CEDRO realizó varias propuestas sustantivas de contrato general, ninguna de las cuales contó con la aprobación de la CRUE. Algo más de un año después (el 22 de julio de 2011), y ante la demostrada falta de voluntad de la CRUE de alcanzar un acuerdo, CEDRO comunicó a la Comisión de Propiedad Intelectual su voluntad de poner fin al procedimiento de mediación. Las sentencias de los Juzgados de Barcelona mencionadas más arriba dan cuenta de esta frustrada mediación.

4. Es en este contexto de desacuerdo entre CEDRO y CRUE, no habitual en otros países europeos donde existen convenios de colaboración entre las instituciones homólogas, así como un decidido ámbito de las Universidades de garantizar la protección del derecho de autor en todas sus instalaciones (aulas, bibliotecas, concesionarios de servicios de reprografía y plataformas virtuales), donde hay que enmarcar las demandas promovidas por CEDRO. Las dos sentencias dictadas hasta la fecha, que tienen muchos puntos en común, son una buena muestra de la práctica observada por nuestras Universidades en sus incontrolados campus virtuales. La Universidad aparece como titular de la respectiva plataforma virtual, al que se accede a través de un subdominio que contiene el nombre de la propia Universidad (p. ej., <http://campus-virtual.ub.edu>). Los profesores gozan de entera libertad, sin ningún tipo de control o sistema de filtrado, para colocar en él cualesquiera contenidos. De las diversas actas notariales otorgadas a solicitud de CEDRO, explicadas por las resoluciones judiciales, se deduce que en los campus virtuales analizados existían no solo artículos de revistas o capítulos de libros, sino también libros enteros de diversas ramas del saber; sin ir más lejos, en el campus virtual de la Universidad de Barcelona se encontraban los diez volúmenes íntegros y un suplemento de la enciclopedia *Encyclopedia of World Cultures*, de la editorial Mcmillan, de una media de 400 páginas cada tomo. El acceso a esos contenidos, en principio reservado a los alumnos de cada Universidad, se hallaba en la práctica abierto a todo el público, sin ninguna restricción o control de acceso. La reproducción y ulterior puesta a disposición de las obras eran realizadas sin autorización de los autores y editores.

Con estos precedentes no era fácil escapar a un fallo condenatorio. Todos los argumentos hechos valer por las Universidades demandadas fueron sucesivamente rechazados. La falta de legitimación activa de CEDRO tropezó con la consolidada interpretación que el Tribunal Supremo viene dando, desde 1999, al artículo 150 de la Ley de Propiedad Intelectual, mientras que la falta de legitimación pasiva de la Universidad cayó por su base una vez que se constató que era la titular, formal y real, del respectivo campus virtual, además de ser la que proporcionó los medios materiales y humanos para su puesta en funcionamiento y mantenimiento. La pretensión de acogerse al puerto seguro del artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, también fue rechazada porque al no existir ánimo de lucro por la Universidad, ni, sobre todo, tratarse de una actividad económica para el prestador de servicios de la sociedad de la información, el supuesto analizado no entraba dentro del ámbito de aplicación de dicha Ley, por lo que resultaban de plena aplicación las reglas generales de responsabilidad del Código Civil, muy en particular su artículo 1903 (culpa *in vigilando* e *in eligendo*, también aplicables a la actividad administrativa). Todo ello sin olvidar que las Universidades ya habían sido advertidas por CEDRO, antes de la interposición de las demandas, de las actividades infractoras que se estaban desarrollando en sus respectivos campus

virtuales. El socorrido argumento de la existencia de licencias *creative commons* también decayó una vez que quedó acreditado que las obras controvertidas estaban dotadas del símbolo de reserva de derechos ©, así como que ni autores ni editores las habían publicado bajo ese particular régimen de licenciamiento.

El fallo judicial es realmente duro. La Sentencia de 2 de septiembre de 2013 condena a la Universidad de Barcelona a cesar de manera inmediata y abstenerse de realizar en el futuro cualquier acto de escaneado o digitalización, reproducción y comunicación pública en sus plataformas digitales, redes de enseñanza virtual o intranets, que afecten a los derechos de propiedad intelectual de las obras del repertorio de CEDRO; a retirar en un plazo no superior a quince días y mediante el borrado correspondiente de todos los ficheros y contenidos digitales existentes en su campus virtual o red de comunicación equivalente, que contengan obras, en forma total o parcial, que pertenezcan al repertorio de CEDRO y que se hayan puesto a disposición de los alumnos y demás usuarios en dicha red sin la autorización de CEDRO y/o sus titulares; al pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, que comprenderá el pago de los gastos de investigación de las infracciones que ascienden a 10.492,98 euros, y la indemnización que corresponda por aplicar la tarifa aprobada por la actora (5 euros) multiplicada por el índice CORSA 1,5 por el número de alumnos matriculados en la Universidad de Barcelona en los cursos académicos 2010/2011 y 2011/2012; a la publicación íntegra del fallo de la sentencia estimatoria a costa de la demandada en dos periódicos de tirada nacional, concretamente en los diarios *El País* y *La Vanguardia*, así como en la propia portada de la página web de la demandada, durante el plazo de seis meses, mediante un link a la noticia (parece que se trata de una errata; debería decir «sentencia»), visible en la home o página principal de la web [www.ub.edu](http://www.ub.edu); y al pago de una indemnización coercitiva diaria cuyo importe será el que resulte de aplicar la tarifa vigente de CEDRO para usos no autorizados al número de alumnos matriculados en el momento en que se dicte sentencia, corregida con el índice CORSA 1,5 según se ha explicado más arriba, y dividida por 365 (que son los días del año), y ello por cada día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación de derechos denunciada.

5. Uno de los hechos más llamativos de los argumentos de defensa de las Universidades demandadas, y que deja perplejo a cualquier estudioso del derecho de autor no ya experto, sino medianamente informado, es que no intentaran amparar su conducta en el límite de ilustración para la enseñanza del artículo 32.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, conforme al cual el profesorado de la educación reglada no necesitará autorización del autor para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial

perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyen el nombre del autor y la fuente. El hecho de que la aplicación de este límite quede legalmente circunscrita al uso que se hace de las obras protegidas «en las aulas» no es una razón suficiente para explicar su falta de invocación por las demandadas, puesto que una parte de la doctrina sostiene –con criterio que no comparto– que ese límite debe ser interpretado en el sentido de cubrir también la enseñanza virtual o a distancia. De hecho, pocos casos hay en los que con mayor evidencia podría el usuario haber intentado una interpretación del límite antedicho más allá de sus términos literales.

El anteproyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, en fase prelegislativa en el momento en que se escriben estas líneas, introduce un nuevo límite que trata *ad hoc* de contemplar comportamientos de las Universidades, o más precisamente de sus profesores, idénticos a los analizados por las sentencias ya mencionadas. No es preciso estar dotado de especiales capacidades adivinatorias para pensar que ésta es la reacción a la situación creada por tales sentencias. Además de reformarse el apartado 2 del artículo 32 de la Ley de Propiedad Intelectual para dejar bien sentado que el límite se aplica también a la enseñanza no presencial, se introduce en ese artículo un nuevo apartado 4 conforme al cual no necesitarán la autorización del autor los actos de reproducción parciales, de distribución y de comunicación pública de manuales universitarios o publicaciones asimiladas a éstos, cuando concurren simultáneamente las siguientes condiciones: a) que tales actos se lleven a cabo únicamente para la ilustración con fines educativos y de investigación científica; b) que los actos se limiten a un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada, resultando indiferente a estos efectos que la copia se lleve a cabo a través de uno o varios actos de reproducción; c) que los actos se realicen en los centros docentes universitarios, por su personal y con sus medios e instrumentos propios, y d) que concorra, al menos, una de las siguientes condiciones: 1.<sup>a</sup>, que la distribución de las copias parciales se efectúe exclusivamente entre los alumnos y personal docente del mismo centro en el que se efectúa la reproducción; y 2.<sup>a</sup>, que sólo los alumnos y personal docente del centro en el que se efectúe la reproducción parcial de la obra puedan tener acceso a la misma a través de los actos de comunicación pública autorizados en el presente apartado, llevándose a cabo la puesta a disposición a través de las redes internas y cerradas a las que únicamente puedan acceder esos beneficiarios o en el marco de un programa de educación a distancia ofertado por dicho centro docente. Como contraprestación al límite, el precepto reconoce a los autores y editores de tales obras el derecho irrenunciable a percibir de las entidades usuarias una remuneración equitativa, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión. El apartado 6, también de nuevo cuño, del artículo 32 de la Ley aclara que, a los efectos del presente artículo, se entenderán asimiladas a los manuales universitarios las publicaciones de contenido cultural, científico o técnico, impresas o susceptibles

de serlo, siempre y cuando estén editadas en serie continua con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, de forma que los ejemplares de la serie lleven una numeración consecutiva o estén fechados, con periodicidad mínima mensual y máxima semestral. Habrá que estar pendiente de la tramitación de este anteproyecto para ver su redacción final.

Madrid, 25 de octubre de 2013

# Compartiendo experiencias en la promoción de la Justicia Socioambiental. La situación en España

**Antonio Vercher Noguera**

Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo

Fecha de recepción: septiembre de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2013

## 1. PRIMERA FASE: 45 DE LA CE DE 1978

La Constitución española de 1978, suprema norma actualmente en vigor, introdujo la protección del medio ambiente en su artículo 45<sup>1</sup>. Al margen de lo que significaba una norma de esa naturaleza en un país, como España, que acababa de superar una larga dictadura en la que el medio ambiente no era más que una anécdota, la norma en cuestión incorporaba aspectos que merece la pena subrayar, y que siguen de actualidad.

1. Según esta norma:

«1. Todos tienen el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

*Antonio Vercher Noguera*  
Compartiendo experiencias en la promoción  
de la Justicia Socioambiental.  
La situación en España

*Ars Iuris Salmanticensis*,  
vol. 1, diciembre 2013, 27-32  
eISSN: 2340-5155  
© Ediciones Universidad de Salamanca

Quizás proceda, pues, para empezar, hacer algunas breves consideraciones en relación con este texto.

De entrada, el medio ambiente que se regula en la Constitución española tiene una clara perspectiva individual, dado que se empieza hablando de un derecho. Pero, a su vez, esa perspectiva individual contiene una fuerte proyección social. Cuando el párrafo primero del artículo 45 señala que «Todos tienen el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo», lo que está haciendo el legislador constitucional es expresar un derecho-deber con dos objetivos. Primero, como derecho, hace posible un adecuado desarrollo de la personalidad de su titular, y ello supone por lo tanto un planteamiento individual. Pero, además, desde el momento en que el derecho al medio ambiente comporta un deber, lo que se pretende es asegurar que esa posibilidad de desarrollo de la personalidad, que tiene lugar a través del medio ambiente, pueda reproducirse en todos y cada uno de los ciudadanos, sin excepción.

A su vez, el párrafo segundo del artículo citado introduce una forma de tutela que permita garantizar adecuadamente un aspecto esencial del medio ambiente, que es la utilización racional de los recursos naturales que lo integran. Es la Administración, según el artículo, como no podía ser de otra forma, quien va a asumir esa tutela. Así, se señala que «Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Es decir, la Administración se convierte en algo así como un «buen padre de familia» para algo tan importante para el medio ambiente como son los recursos naturales. Pero la Constitución española no quiere dejar sola a la Administración en tan importante labor de tutela y por eso introduce una referencia a la indispensable solidaridad colectiva, en la que debe apoyarse la Administración en su labor. Se trata, de nuevo, de otra proyección social que tiene una explicación absolutamente lógica. Por una parte sirve como forma de control de la Administración en el ejercicio de su labor de tutela. Por otra, esa expresión «solidaridad colectiva» es la llave que permite la participación ciudadana y con ella el desarrollo de la necesaria conciencia social. En esa línea, según se ha puesto de relieve, «Si la gente participa en las decisiones que afectan a la naturaleza y a ellos mismos, es más probable que apoyen dichas decisiones y seguramente éstas se aplicarán con éxito. Si se les deja fuera, posiblemente surjan conflictos, injusticia y daño ambiental»<sup>2</sup>. Pero es que, además, la participación de la ciudadanía comporta legitimidad, mejorando la credibilidad y la eficacia del proceso de toma de decisiones<sup>3</sup>.

Finalmente, el párrafo tercero de la norma objeto de análisis no deja duda alguna sobre la necesidad de recurrir al Derecho penal para la protección del medio ambiente.

2. *Recursos mundiales* 2004. Washington: World Resources Institute, 2004, 3.

3. *Recursos mundiales* 2004, *op. cit.*, 15.

A tal efecto, el párrafo en cuestión pone de manifiesto que «Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

El mandato previsto en el párrafo tercero del artículo 45 de la Constitución española se ejecutó, en lo que a la norma penal se refiere, con el artículo 347 bis del Código Penal, incorporado a través de la Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1983. Se trataba de una norma de protección penal ambiental limitada, en la que las únicas conductas delictivas eran las «emisiones o vertidos»<sup>4</sup>. Por lo demás, las diferentes normas administrativas ambientales han venido aportando sus infracciones y las correspondientes sanciones previstas para las mismas.

## 2. SEGUNDA FASE: ARTÍCULOS 46 Y 47 DE LA CE

Centrándonos en el planteamiento infractor más grave en temas de medio ambiente, que es necesariamente el penal y que precisamente por esa gravedad es el que más problemas suscita, muy pronto la jurisprudencia tuvo que clarificar aspectos esenciales de la primera norma penal ambiental, especialmente su bien jurídico protegido. En un primer momento la jurisprudencia comenzó señalando que el bien jurídico protegido del artículo 347 bis era «el medio ambiente antropocéntrico»<sup>5</sup>.

Con el tiempo se vio, sin embargo, que esa interpretación era poco acertada, por cuanto que reducía el medio ambiente a la medida estrictamente humana y convertía al ser humano en el único evaluador del mismo. Sin necesidad de abundar ahora en el proceso evolutivo que llevó a la jurisprudencia a abandonar esa primera interpretación

4. Según el artículo 347 bis:

«Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas, el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones o se hubiera desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores».

5. La sentencia que comenzó con esa interpretación fue la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990.

antropocéntrica del bien jurídico protegido «medio ambiente», lo cierto es que, poco a poco, y ya de una manera clara con la sentencia de 30 de septiembre de 2003, el Tribunal Supremo ha acabado manteniendo que el bien jurídico protegido del delito contra el medio ambiente es el concepto «desarrollo sostenible».

Se ha producido, por lo tanto, un importante cambio dado que el concepto de desarrollo sostenible incorpora una visión de ajuste del ser humano a las características y peculiaridades de la naturaleza, a la vez humilde y realista, frente a la perspectiva inicial que implicaba medir la naturaleza según las propias necesidades humanas. Ese cambio supuso, además, una notable ampliación del bien jurídico protegido del delito contra el medio ambiente que ha permitido comprender, dentro del mismo, los ataques contra aspectos que quizás, a primera vista, pudiera parecer que no son ambientales, tales como el patrimonio histórico, la ordenación del territorio, el urbanismo, etc., y que sin embargo integran ese bienestar, tanto actual como de las generaciones venideras, que integra el concepto de desarrollo sostenible.

A partir de esa segunda fase, la perspectiva constitucional ya no ha podido circunscribirse, pues, al anteriormente examinado artículo 45, sino que ha tenido que ampliarse necesariamente a los artículos 46 (patrimonio histórico)<sup>6</sup> y 47 (vivienda)<sup>7</sup> de la Constitución española.

Este cambio ha ido acompañado de otra importante novedad en el Código Penal y que se ha producido a través de una notable ampliación de normas penales en defensa del medio ambiente. Actualmente, y como consecuencia del cambio que incorporó en la materia el nuevo Código Penal de 1995, nos encontramos con que el sistema de protección penal ambiental en España está integrado por casi una cuarentena de artículos, entre los que se comprende la protección y tratamiento del medio ambiente, la ordenación del territorio, del patrimonio histórico, temas nucleares, estragos que puedan afectar al medio ambiente, incendios forestales y malos tratos a animales domésticos.

Se ha producido, pues, un notable avance en la materia desde el punto de vista normativo. Lo cual es expresivo de que, al menos en teoría, se vienen proporcionando, con el tiempo, instrumentos que pueden servir para proteger el medio ambiente frente a los ataques que pueden acarrearle una sociedad fuertemente consumista y, por ende, centrada en la explotación de los recursos naturales necesarios para satisfacer ese consumo.

6. Según el artículo 46:

«Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio».

7. A tenor del artículo 4z.

### 3. TERCERA FASE: LA CUESTIÓN SOCIAL

Es evidente, pues, que la vulneración o incumplimiento de los presupuestos incorporados al párrafo segundo del artículo 45 de la Constitución española puede llevar, como el propio artículo 45 establece en su párrafo tercero, a la aplicación de la norma penal. A su vez, esa norma penal ha ido en aumento, tal como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior.

Ahora bien, ¿qué ha ocurrido para que llegar a esa situación? ¿Realmente sirve para algo el uso del Derecho penal para la protección del medio ambiente? A fuerza de simplificar, y aun siendo conscientes de que el tema que ahora se plantea es infinitamente más complejo que lo que permiten las breves ideas que aquí se exponen, cabría decir lo siguiente: es sabido que el Código Penal es un instrumento de control social. Es sabido también que siendo así que la sociedad no desea ser desestabilizada y quiere que se mantenga la paz en todos sus contextos, la misma acaba recurriendo a la norma criminal. Garantizar la convivencia social ha sido tradicionalmente el objetivo y fundamento del Derecho penal<sup>8</sup>. El poder legislativo, pues, elabora la norma sancionadora, el ejecutivo se encarga de garantizar su aplicación y el poder judicial afronta el enjuiciamiento de las infracciones que se produzcan de la misma. Sin embargo, ese proceso, que en principio parece relativamente simple y que lo estamos viendo con harta frecuencia con cualquier conducta delictiva ordinaria, adquiere, sin embargo, matices especiales cuando se trata de delitos contra el medio ambiente.

De entrada, según se indicaba en el apartado I de este trabajo, la Administración es, al menos en España y tal como establece su Constitución, el buen padre de familia del medio ambiente. En la práctica, sin embargo, la Administración se ve en ocasiones involucrada en hechos delictivos contra el medio ambiente, como si de cualquier delincuente ambiental se tratara<sup>9</sup>. Además, la solidaridad colectiva, tal como se trataba también en el apartado I, tiene como deber actuar como un instrumento de colaboración con la Administración en esa labor, e incluso de control. La práctica también demuestra, sin embargo, la poca o, en ocasiones, nula sensibilidad por el medio ambiente que tiene la mayor parte de la sociedad. Si falla, pues, la Administración a la hora de garantizar el respeto al medio ambiente y falla la sociedad a la hora de exigir su cumplimiento, tendremos que recurrir a la norma penal. El problema puede aparecer si esa misma situación irregular acabada de describir, es decir, de absentismo o abandono del poder ejecutivo y de la sociedad, se reproduce a la hora de aplicar la norma penal en la realidad. Es decir, si a la hora de proceder a aplicar la misma nos

8. JESCHECK, H. H. 1981: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Bosch, vol. 1, 4 y 5.

9. Precisamente por esa razón, el Código Penal español de 1995, actualmente en vigor, introdujo tres formas de prevaricación especial en medio ambiente, que son los artículos 320, 322 y 329.

encontramos con que ni la Administración aplica la norma penal ni la sociedad reclama su aplicación y cumplimiento.

Es evidente, por lo tanto, que los Fiscales, como defensores del principio de legalidad, deben ser conscientes de ese planteamiento, y exigir con mayor rotundidad, si cabe, la aplicación de la norma penal de protección ambiental. Es evidente, también, que los Jueces, quienes juzgarán la infracción ambiental, deberán de ser igualmente conscientes de ese problema y actuar en consonancia, es decir, con rotundidad. Solo de esa manera a la hora de juzgar podrán valorar adecuadamente todos los factores en juego, y no una realidad ficticia. Definitivamente, los delitos contra el medio ambiente no son delitos ordinarios, al menos desde el momento en que las circunstancias que los rodean no se reproducen, normalmente y por igual, en el resto de tipos penales.

# La Ley de Emprendedores y sus repercusiones jurídicas

**Francisco Javier Olmedo Castañeda**

Notario de Ledesma (Salamanca)

Fecha de recepción: octubre de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2013

El presente estudio tiene por objeto analizar de forma breve y sucinta las novedades más destacables introducidas por la reciente Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (publicada en el *Boletín Oficial del Estado* con fecha de 28 de septiembre).

A este respecto, ha de tenerse en cuenta que el Parlamento español ya aprobó con anterioridad la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (publicada en el *Boletín Oficial del Estado* con fecha de 27 de julio) y que, asimismo, las Cortes de Castilla y León aprobaron la Ley 5/2013, de 19 de junio, de estímulo a la creación de empresas en dicha comunidad autónoma (publicada en el *Boletín Oficial de Castilla y León* con fecha de 3 de julio).

Ahora bien, con carácter preliminar al estudio particular de la primera de las disposiciones normativas anteriormente citadas, considero necesario hacer la siguiente reflexión como «jurista práctico» que soy.

En los últimos años estamos asistiendo a un fenómeno de producción legislativa extraordinaria en el que a la ingente cantidad de disposiciones normativas aprobadas se une la calidad manifiestamente mejorable de las mismas.

Ciertamente, la ya tristemente famosa crisis económica puede exigir la adopción de medidas urgentes que permitan hacer frente a los estragos causados por aquella con la mayor celeridad posible, pero las reformas de gran calado jurídico requieren la necesaria reflexión y ponderación de sus efectos. Las prisas no son buenas consejeras y menos aún cuando está en juego un valor de primer orden constitucionalmente protegido y que se configura como un principio que informa el conjunto de nuestro ordenamiento, como es la seguridad jurídica, que los poderes públicos deben proteger y promover (ex artículo 9.3 de la Constitución española), siendo excesivamente frecuentes las correcciones de errores y las modificaciones de leyes realizadas al poco tiempo de su entrada en vigor.

En este sentido, debe destacarse la ausencia o insuficiencia de la debida y necesaria consulta a los profesionales del Derecho (o de otros campos) sobre cuyas competencias se elaboran las correspondientes leyes y que contribuiría de forma notable a evitar los desajustes que suelen producirse entre la norma y la praxis jurídica.

Asimismo, ha de hacerse mención de la deficiente técnica legislativa (que ha adquirido carta de naturaleza en los últimos tiempos) consistente en regular determinadas cuestiones en una norma completamente ajena a las mismas, a través de la incorporación de numerosas Disposiciones Adicionales o Finales.

Por último, debe resaltarse también la continua omisión de la *vacatio legis*, como periodo transitorio comprendido entre la publicación de una disposición normativa en el boletín oficial correspondiente y su efectiva entrada en vigor, y cuya utilidad reside en asimilar las modificaciones o innovaciones introducidas por la disposición aprobada y permitir así una mayor efectividad en su aplicación práctica.

Por el contrario, la entrada en vigor se viene produciendo en los últimos tiempos al día siguiente de la publicación de la norma en el *Boletín Oficial del Estado* (tratándose de norma estatal), sin que medie el tiempo razonable y suficiente para que todos los sujetos implicados puedan aprehender debidamente los cambios sancionados en la nueva normativa.

Hechas estas consideraciones preliminares, y entrando ya en el análisis de la precitada Ley 14/2013, de 27 de septiembre (conocida como Ley de Emprendedores), desde una primera aproximación y perspectiva estrictamente formales, ha de señalarse que consta de 76 artículos, 16 Disposiciones Adicionales, 1 Disposición Transitoria, 1 Disposición Derogatoria y 6 Disposiciones Finales, ocupando una extensión nada desdeñable de 95 páginas y adoleciendo de una redacción no siempre clara y manifiestamente mejorable.

Por su parte, desde un punto de vista material o de contenido, la ley afecta a variados y diversos ámbitos, a saber: Derecho mercantil y societario, Derecho civil, Derecho fiscal, Derecho laboral, Derecho concursal, apoyo a la financiación de los emprendedores e internacionalización de la economía española.

Pues bien, centrándonos principalmente en las dos primeras disciplinas anteriormente mencionadas, una de las cuestiones más novedosas introducidas por la ley objeto del presente artículo es la creación y regulación de una nueva figura jurídica en el ámbito mercantil: el denominado «Emprendedor de Responsabilidad Limitada».

Se trata de una persona física que ejerce cualquier tipo de actividad, empresarial o profesional, y que puede limitar la responsabilidad derivada de las deudas contraídas en el ejercicio de dicha actividad, en los términos que luego se verán.

En consecuencia, ello constituye una alteración y una atemperación del *principio general de la responsabilidad patrimonial universal* consagrado en el artículo 1911 de nuestro Código Civil, a cuyo tenor: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». Y, asimismo, representa una excepción a lo preceptuado por el artículo 6 del Código de Comercio, en virtud del cual: «En caso de ejercicio del comercio por una persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos por esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges».

A este respecto, nos parece oportuno recordar aquí que esta medida legal introducida por la ley que nos ocupa supone una «modificación» del todavía Anteproyecto de Código Mercantil (cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de enero del año 2015), y que, en su artículo 112-1.1, establece que «el empresario individual responderá del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros».

En efecto, de acuerdo con la legislación anterior y conforme a los preceptos legales antes transcritos, el empresario individual que decidiese iniciar una actividad económica en su condición de persona física asumía una responsabilidad ilimitada por las deudas que contrajese en el ejercicio de su actividad empresarial, de tal manera que sus eventuales acreedores (por razón de la empresa) podían dirigirse contra la totalidad de sus bienes, presentes e incluso futuros.

En cambio, con arreglo a la nueva normativa vigente, la persona que decide emprender una actividad (del tipo que sea) puede limitar su responsabilidad, excluyendo de la misma su vivienda habitual, con la evidente finalidad de que no pueda ser objeto de traba o embargo por parte de sus posibles acreedores, y siempre que se cumplan los correspondientes requisitos de publicidad registral (a través del Registro Mercantil y del Registro de la Propiedad).

Se trata de una medida adoptada por el legislador como consecuencia de la mayor sensibilización y concienciación social acerca del drama de los desahucios, y con el fin de impulsar y estimular, asimismo, la actividad emprendedora en beneficio del interés general y de la economía nacional.

Ahora bien, una vez advertida la principal novedad en esta sede en los términos anteriormente expuestos, debe tenerse presente la existencia de no pocos supuestos

en los que no procede esta exclusión de la vivienda habitual del deudor como posible objeto contra el que pueden dirigirse sus hipotéticos acreedores. Así, la limitación de responsabilidad no operará:

- Cuando el valor de la vivienda habitual supere los 300.000 (en poblaciones de menos de un millón de habitantes).
- Cuando el deudor hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros y así conste en sentencia firme o en concurso declarado culpable.
- Cuando se trate de obligaciones tributarias o relativas a la Seguridad Social.
- Cuando sean deudas no empresariales o no profesionales o cuando, teniendo esta naturaleza, hayan sido contraídas con anterioridad a la inscripción registral de la limitación de responsabilidad.

### *¿Cuál es, pues, la verdadera virtualidad u operatividad jurídicas de esta norma? ¿Cuál es su alcance real?*

Atendiendo a todas estas excepciones, su ámbito de actuación se circunscribiría única y exclusivamente a aquellas deudas contraídas por el emprendedor en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, con posterioridad a la publicidad registral de su condición de emprendedor de responsabilidad limitada, siempre que no se trate de deudas de naturaleza tributaria o por razones de Seguridad Social, y que el valor de la vivienda habitual del emprendedor sea inferior a 300.000 € (en poblaciones con menos de un millón de habitantes) o a 450.000 € (en poblaciones de más de un millón de habitantes).

Así pues, de una lectura detenida y pausada de la nueva normativa resulta que la aplicabilidad de esta limitación de responsabilidad al empresario o profesional que sea persona física queda notablemente restringida.

Si a ello se añade que, para obtener financiación (especialmente si es bancaria) con la que poder hacer frente a los gastos iniciales de inversión que la apertura de todo negocio conlleva, no es improbable que las entidades financieras exijan la vivienda habitual del emprendedor como garantía real, podría concluirse que la efectividad jurídica de esta novedosa medida legal va a ser muy reducida en la práctica del tráfico mercantil.

Ello nos lleva a preguntarnos adicionalmente la siguiente cuestión: ¿era realmente necesaria la adopción de esta medida? ¿No se podría haber realizado una simple modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de bienes inembargables? ¿Acaso no disponía ya el «emprendedor» de la figura jurídico-societaria de la sociedad unipersonal (anónima o de responsabilidad limitada) como instrumento normativo

idóneo para dar cauce a su vocación empresarial, y gozando al mismo tiempo del beneficio de la limitación de responsabilidad (artículos 12 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio)?

Entendemos que no hay diferencias sustantivas que justifiquen la adopción de la figura del ERL (Emprendedor de Responsabilidad Limitada) como opción preferente, pues el proceso de constitución de la sociedad unipersonal es también por vía telemática, caracterizado por su celeridad y seguridad jurídica y exento del pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de operaciones societarias (artículo 45.1.B.11 del Texto Refundido del impuesto, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre).

A mayor abundamiento, la subsistencia, conservación y continuación de la empresa (una vez ya constituida) están mejor garantizadas si adopta la forma societaria, para el caso del eventual fallecimiento futuro del empresario fundador, cuestión esta sobre la que no podemos extendernos en el presente artículo.

Finalmente, haremos una breve mención a dos cuestiones introducidas también por la Ley de Emprendedores y que presentan igualmente un carácter singular:

- La regulación de la Sociedad Limitada de Formación Sucesiva (SLFS).
- La incorporación de la figura del «apoderamiento electrónico».

En cuanto al nuevo tipo societario que se contempla y regula someramente en la ley, la denominada Sociedad Limitada de Formación Sucesiva (SLFS), presenta dos particularidades dignas de ser reseñadas: la posibilidad de que se constituya con una cifra de capital social inicialmente inferior al mínimo legal, si bien con las debidas cautelas en aras de la protección de terceros; y la no necesidad de acreditar la realidad de las *aportaciones dinerarias* de los socios en el momento de constitución de la sociedad, estableciéndose como contrapeso un sistema de responsabilidad solidaria frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales (hasta ahora este sistema solo se contemplaba para el caso de *aportaciones no dinerarias* en las sociedades de responsabilidad limitada).

La regulación de este nuevo tipo societario nos recuerda la normativa que se introdujo por virtud de la Ley 7/2003, de 1 de abril, sobre la Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE), y que se demostró enseguida carente de efectividad práctica.

Por otra parte, se deroga el apartado tercero del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, sobre medidas liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, que regulaba el proceso de constitución telemática de las sociedades mercantiles de capital en unos plazos brevísimos y con la participación conjunta e intercomunicada telemáticamente de las notarías, el Registro Mercantil y la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

No terminamos de entender esta derogación, teniendo en cuenta que en la praxis de los despachos notariales se había conseguido implementar adecuadamente y de forma exitosa esta plataforma telemática de constitución de sociedades.

Por lo que se refiere al apoderamiento electrónico, llama la atención la parquedad del legislador, que se limita a reconocer escuetamente la posibilidad de que los apoderamientos y sus revocaciones, otorgados por administradores o apoderados de sociedades mercantiles o por emprendedores de responsabilidad limitada, «podrán también ser conferidos en documento electrónico», siempre que hayan sido suscritos con la firma electrónica reconocida del poderdante, y pudiendo ser remitidos al registro que corresponda por vía electrónica (artículo 41 de la ley).

Aunque no podemos extendernos sobre las implicaciones jurídicas de esta nueva figura, entendemos necesario realizar las siguientes consideraciones para que contribuyan a la reflexión en el ámbito académico y profesional:

- Durante el periodo de debate y tramitación de la ley se presentaron varias enmiendas en el Senado por varios grupos parlamentarios, en las que se instaba al Gobierno a retirar del texto del proyecto de ley la redacción dada al apoderamiento electrónico, y ello por considerarse que podría menoscabar la seguridad jurídica.
- Resulta muy sorprendente comprobar cómo en la Exposición de Motivos o Preámbulo de la ley no se hace mención alguna al apoderamiento electrónico, justificando las razones de su introducción y la eficacia esperada con su utilización.

¿Por qué el legislador prescinde por completo de exponer los motivos en virtud de los cuales se contempla en la ley la figura del poder electrónico, máxime cuando es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico-privado?

- Atendiendo a una interpretación literal del precepto legal anteriormente citado («podrán también ser conferidos en documento electrónico»), se desprende claramente que subsiste el sistema tradicional de otorgamiento de poderes en soporte papel y, más en concreto, en escritura pública notarial.
- En cuanto al ámbito de aplicación del apoderamiento electrónico, debe entenderse que se limita únicamente a las relaciones que el poderdante pueda mantener con los organismos públicos, tesis esta que se apoya en los siguientes argumentos jurídicos: la ubicación sistemática del precepto en el Capítulo I del Título IV de la ley, bajo la rúbrica «Simplificación de las cargas administrativas»; si el legislador hubiera querido extenderlo a todos los ámbitos jurídicos, lo habría hecho constar así expresamente (*inclusius unius exclusio alterius*); el propio artículo 41 establece que el documento electrónico que recoja el apoderamiento «podrá ser remitido al Registro que corresponda», de tal manera

que no menciona explícitamente el Registro Mercantil o el Registro de la Propiedad, como sí se hace en cambio en otras partes del articulado de la ley, por lo que la interpretación más acorde con la lógica jurídica del texto legal es la de considerar que el apoderamiento electrónico se circunscribe a las comunicaciones que la sociedad o el emprendedor poderdantes deban mantener con los registros administrativos, y no con los registros propiamente jurídicos.

- Por último, el artículo 1280.5 del Código Civil, el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, los artículos 5 y 95.4 del Reglamento del Registro Mercantil, el artículo 281 del Código de Comercio y el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, preceptos todos ellos cuya redacción se ha mantenido inalterada tras la entrada en vigor de la Ley de Emprendedores, exigen **documento público** para la formalización e inscripción registral de los apoderamientos otorgados por empresarios individuales o societarios. Y es evidente que el apoderamiento electrónico conferido mediante documento firmado con firma electrónica reconocida no tiene la consideración jurídica de documento público (sino de documento privado), pues solo puede calificarse como documento público el autorizado por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley (ex artículo 1216 del Código Civil).

Pues bien, una vez expuestas brevemente y analizadas críticamente las principales novedades de la ley, en lo que al ámbito jurídico-privado se refiere, debe hacerse la siguiente consideración final que cohonesta con nuestros comentarios preliminares: si bien es cierto que el Derecho está siempre detrás de la sociedad (*ubi societas, ibi ius*) y que los rápidos y vertiginosos cambios de esta última demandan una respuesta por parte de aquel, sin embargo, desde el ámbito académico y profesional debe exigirse de nuestro legislador una mayor reflexión y medida, así como una más estrecha colaboración con los diversos operadores jurídicos, con el fin de garantizar unas leyes más justas y eficaces.



**ESTUDIOS**



# La aplicación judicial del derecho de la competencia en Portugal\*

**J. M. Coutinho de Abreu**

Catedrático de Derecho Comercial

Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra (Portugal)

Fecha de recepción: septiembre de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 18 de octubre de 2013

## Resumen

La aplicación judicial del derecho de defensa de la competencia cuenta (más o menos) por tradición con sanciones jurídico-civiles (en particular la nulidad de negocios o de cláusulas negociales que contraríen normas de competencia), medidas cautelares procesales-civiles y recursos judiciales de decisiones de la Autoridad de la Competencia (AdC) (I). Menos tradicionales y enraizadas son las acciones de responsabilidad civil propuestas por los perjudicados por hechos ilícitos anticompetitivos (II). En el apartado n.º III trataremos de algunas

## Abstract

*By tradition, the judicial enforcement of competition law goes together (more or less) with civil legal sanctions (in particular with the nullity of business legal contracts and clauses contrary to competition rules), interim procedural-civil measures and judicial appeals on the decisions of the Competition Authority (AdC) (I). Less traditional and less well rooted are the civil proceedings for damages brought by those harmed by anticompetitive wrongdoing (II). In paragraph III we'll discuss some specialties in the framework of companies groups (III).*

\* El presente artículo se corresponde con la ponencia que el autor impartió en el Curso de Formación de Jueces del Consejo General del Poder Judicial, intitulado «La aplicación judicial del derecho de la competencia», que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca los días 27 y 29 de septiembre de 2012.

especialidades en el ámbito de los grupos de empresas (III).

**Palabras clave:** Derecho de la competencia, Aplicación privada o judicial, Acciones de nulidad, Medidas cautelares, Responsabilidad civil por daños y perjuicios, Grupos de empresas.

**Keywords:** *Competition law, Private or judicial enforcement, Actions for annulment, Interim measures, Liability for damages, Companies groups.*

## 1. APLICACIÓN JUDICIAL TRADICIONAL DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA<sup>1</sup>

### 1.1. Declaración de nulidad de los negocios jurídicos violadores de normas de competencia

Los *acuerdos entre empresas* y las *decisiones de asociaciones de empresas* injustificadamente restrictivos de la competencia son *nulos*: art. 9/2 RJC (Régimen Jurídico de la Competencia, aprobado por la Ley n.º 19/2012, de 8 de mayo), art. 101/2 del TFUE<sup>2</sup>.

La nulidad *puede ser invocada en todo momento por cualquier interesado* (cualquier sujeto que tenga interés en que no se produzcan en relación a sí mismo los efectos que los acuerdos o decisiones tenderían a producir) y *puede ser declarada de oficio por el tribunal* (judicial con competencias generales) –cfr. art. 286 del CCiv. (Código Civil).

Los acuerdos entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas tienen en general varias cláusulas o partes. La nulidad afecta a la parte o partes restrictivas de la competencia, y además a las partes que no se puedan autonomizar o separar de aquellas. Saber si las demás partes siguen siendo eficaces es un problema de reducción negocial que deben decidir los tribunales (cfr. el art. 292 del CCiv.).

Los tribunales portugueses han tenido la oportunidad de declarar la nulidad de acuerdos y decisiones restrictivos de la competencia. Dos ejemplos:

- Sentencia del TRP (*Tribunal da Relação do Porto*, tribunal de segunda instancia) de 3/11/2009<sup>3</sup>. Una sociedad anónima dedicada a la fabricación y comercialización de productos derivados de la leche ha prestado dinero a una

1. Todavía no se conoce jurisprudencia portuguesa (al menos de los tribunales superiores) en este tema.

2. Sobre la justificación convalidante de acuerdos y decisiones restrictivos de la competencia (exención de acuerdos prohibidos), v. el art. 10 del RJC y el art. 101/3 del TFUE.

3. En [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) – proceso 572/07.9TBVLC.P1.

sociedad de responsabilidad limitada cuyo objeto era la producción de leche. En el contrato de préstamo constaba una cláusula que obligaba a la prestataria a vender toda su producción lechera a la prestamista mientras debiera algún importe relativo al préstamo, y una cláusula penal para el caso de incumplimiento de la obligación de venta en exclusiva. La sociedad de responsabilidad limitada vendió leche a terceros. La sociedad anónima retuvo-compensó el importe previsto en la cláusula penal. La sociedad de responsabilidad limitada ejerció una acción demandando la restitución de aquel importe. El TRP consideró nula la cláusula de exclusividad, por violación de normas equivalentes a las del art. 9/1, b) y e) del actual RJC (prohibición de acuerdos que consistan en «limitar o controlar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones», «subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos del comercio, no estén ligadas con el objeto de esos contratos»); y juzgó nula la cláusula penal, accesoria de aquella otra cláusula.

- Sentencia del TRL (*Tribunal da Relação de Lisboa*) de 10/11/2009<sup>4</sup>. En septiembre del 1997, un club portugués realizó un partido en su casa para una competición de la UEFA. Tan sólo quince minutos antes de ese partido terminó una transmisión televisiva, por una estación portuguesa, de otro partido de la competición de UEFA realizado en el extranjero. El club, considerando que aquella transmisión televisiva, no autorizada en los términos de las normas de los estatutos de la UEFA y del respectivo reglamento de ejecución al momento vigente, produjo una pérdida significativa en la venta de entradas, pidió indemnización judicial a la sociedad que explotaba la estación de televisión. El tribunal de primera instancia condenó a la sociedad de televisión. Sin embargo, el TRL revocó la sentencia. Porque, por un lado, las normas de la asociación UEFA no vinculan a terceros, no miembros o asociados; por otro lado, las normas en cuestión eran nulas por contrarias al art. 85/1 del TCE (art. 101/1 del TFUE): consubstanciaban un acuerdo entre empresas restrictivo de la competencia, en particular porque amparaban un reparto territorial de mercados<sup>5</sup>.

Ni el art. 102 TFUE, ni el art. 11 del RJC, relativos a la prohibición de *abusos de posición dominante* de una o de más empresas, mencionan la nulidad de los negocios y actos jurídicos celebrados o practicados en el ámbito de esa prohibición.

Sin embargo, siendo esos negocios y actos contrarios a las normas legales imperativas, debe entenderse que los mismos son *nulos* (arts. 294 y 295 del CCiv.) Nulidad declarable por los tribunales judiciales con competencias generales.

4. En [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) – proceso 4292/1999.L1-7.

5. Más rigurosamente, la norma estatutaria de la UEFA sería un acuerdo entre empresas, el reglamento de transmisiones televisivas sería una decisión de asociación de empresas.

En el capítulo relativo a las operaciones de *concentración de empresas*, el n.º 4 del art. 53 del RJC tacha también con la sanción de *nulidad* los negocios jurídicos realizados en contra de la decisión de la AdC que prohíba una concentración<sup>6</sup>.

Y el n.º 6 del art. 40 establece que son en general *ineficaces* los negocios jurídicos que ejecuten una operación de concentración sujeta a notificación previa antes de ser notificada o, habiéndolo sido, antes de la decisión de la AdC autorizando la operación. Esta ineficacia (o no producción de efectos) es absoluta. De manera semejante a lo que ocurre con la nulidad, cualquier interesado tendrá legitimidad para presentar una acción de simple apreciación con el fin de obtener una declaración judicial de ineficacia.

## 1.2. Aplicación de las medidas cautelares

La AdC, en cualquier momento del procedimiento sancionatorio relativo a prácticas restrictivas, puede, de oficio o bajo requerimiento de cualquier interesado, adoptar medidas cautelares cuando la práctica que es objeto del proceso pueda causar perjuicio, grave e irreparable o de difícil reparación, para la competencia (art. 34 del RJC)<sup>7</sup>.

No obstante, cualquier sujeto que tenga sospecha fundada de que alguien pueda causar, por prácticas restrictivas de la competencia, una lesión grave y difícilmente reparable a un derecho o interés suyo jurídicamente protegido (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), puede requerir al *tribunal judicial de competencia genérica* la adopción de una medida cautelar conservatoria o anticipatoria adecuada (proporcionalidad) para asegurar la efectividad del derecho o del interés amenazado (arts. 381 y ss. del CPC).

En este sentido se pronunció el TRL en sentencia del 20/5/2010<sup>8</sup>. Una sociedad anónima presentó medida cautelar común contra dos sociedades anónimas. El tribunal judicial de primera instancia consideró que no era competente por razón de la materia, atribuyendo esa competencia a la AdC. Pero el TRL consideró a aquel tribunal competente para conocer del procedimiento cautelar y ordenó el proseguimiento del proceso. Por cuanto: los poderes de la AdC para imponer medidas cautelares de carácter administrativo en nada interfieren con la competencia de los tribunales judiciales para decretar medidas cautelares en materia civil; estaba en causa una materia civil, pues la sociedad anónima pedía en la acción principal «la declaración judicial de nulidad de las prácticas y acuerdos restrictivos o impeditivos de la competencia».

6. V. además, el n.º 3 del art. 50.

7. V. además, el art. 59/1.

8. En [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) – proceso1/10.OTVLSB.L1-8.

### 1.3. Recursos de decisiones de la AdC

Las decisiones de la AdC son recurribles ante el Tribunal de la Competencia, Regulación y Supervisión (TCRS) – arts. 83 y ss. del RJC. Este tribunal, instituido por el Decreto-Lei n.º 67/2012, del 20 de marzo, es un tribunal judicial de primera instancia de competencia especializada. Antes, la competencia para conocer de los recursos de la AdC competía al Tribunal de Comercio de Lisboa.

Frente a las sentencias y decisiones del TCRS en los procesos sancionadores («contraordenacionais») cabe recurso ante el «tribunal da Relação» competente, que decide en última instancia (art. 89 del RJC). En las «acciones administrativas», de las decisiones proferidas por el TCRS corresponde recurso ante el «tribunal da Relação» competente, correspondiendo el recurso de las decisiones de este, limitadamente a las cuestiones de derecho, ante el Supremo Tribunal de Justicia (STJ); si el recurso de las decisiones del TCRS se refiere solamente a cuestiones de derecho, se interpone directamente ante el STJ (art. 93 del RJC).

## 2. CONDENA JUDICIAL EN RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTOS ANTICOMPETITIVOS

Sobre esta materia he tenido ya la oportunidad de hablar en Valladolid, en el *Congreso Internacional sobre aplicación privada del Derecho de competencia* (14 y 15 de octubre del 2010), dejando constancia por escrito de mi ponencia<sup>9</sup>. Seguiré aquí de cerca lo entonces escrito, pero de modo más abreviado (omitiendo algunos puntos) y aprovechando para añadir una u otra nota de actualización (teniendo en cuenta, principalmente, el nuevo RJC).

### 2.1. Presupuestos de la responsabilidad

La responsabilidad civil en cuestión es una responsabilidad extraobligacional o extracontractual, no una responsabilidad obligacional o contractual (resultante de la violación de un derecho de crédito o del incumplimiento de una obligación en sentido técnico –cfr. art. 798 del Código Civil– CCiv.).

9. En VELASCO SAN PEDRO, LUIS A. y otros. 2011: *La aplicación privada del Derecho de Competencia*. Valladolid: Lex Nova, 103-114, y en VELASCO SAN PEDRO, LUIS A. y otros. 2011: *Private enforcement of Competition Law*. Valladolid: Lex Nova, 101-113.

Es así incluso en los casos en que el ilícito radica en un contrato restrictivo de la competencia. Tal contrato es nulo<sup>10</sup>. Por eso, no es fuente de obligaciones y de créditos. Además, la nulidad de ese contrato no se propaga, en principio, a los contratos celebrados aguas abajo. Pero las contrapartes de estos últimos contratos tienen abierta la posibilidad de indemnización por los daños causados por el ilícito anticompetitivo aguas arriba.

Presupuestos generales de la responsabilidad civil extraobligacional por hechos ilícitos son, además de la ilicitud, la culpa, el daño y el nexo de causalidad entre el hecho ilícito y culposo y el daño (cfr. el art. 483 del CCiv.).

### 2.1.1. Ilícitud

#### a) Encuadramiento general

El art. 483/1 del CCiv. prevé las formas principales de ilicitud o antijuridicidad a los efectos de la responsabilidad civil: (1) violación de derechos subjetivos absolutos, (2) violación de preceptos de ley (entendida en sentido amplio) destinados a proteger intereses ajenos.

No parece que los particulares sean titulares de un derecho subjetivo a la competencia –mucho menos de un derecho de carácter absoluto–. Pero son *titulares del interés legalmente protegido* de que las empresas no restrinjan indebidamente la competencia mediante acuerdos colusorios o abusos de posición dominante. Las reglas legales de la competencia, cuando prohíben a las empresas ciertos comportamientos, tutelan simultáneamente, y de modo no meramente reflejo, intereses legítimos de terceros (libertad de elección, aprovechamiento de bienes en condiciones no determinadas por prácticas anticompetitivas).

Si dos o más empresas constituyen un cártel para fijar precios (más elevados) de venta de sus productos, violan una disposición legal (art. 9/1,a) del RJC tuitiva (también) de intereses legítimos de los adquirentes (reales y potenciales) de esos productos. Si una empresa con posición dominante impone precios de venta desproporcionadamente elevados, viola una disposición legal (art. 11/2,a) del RJC que protege (también) intereses legítimos de los adquirentes de esos productos.

#### b) Problemas de prueba

Quien, en una acción judicial de responsabilidad, *pide indemnización tiene la carga de probar* los hechos (anticompetitivos) ilícitos causantes del daño (cfr. art. 342/1 del CCiv.). Habiendo dudas sobre la realidad de los hechos, el tribunal decidirá en contra

10. *Supra*, I, 1.

de quien tiene la carga de la prueba (art. 346 del CCiv., art. 516 del Código de Proceso Civil-CPC).

Ahora bien, probar hechos ilícitos anticompetitivos es muchas veces muy difícil. Las pruebas a veces son pocas, frecuentemente están disimuladas y se encuentran normalmente en posesión del demandado o de un tercero. Y el principio dispositivo domina ampliamente el proceso civil: por regla general, el tribunal sólo puede servirse de los hechos alegados por las partes (arts. 264, 664 del CPC).

La prueba del ilícito anticompetitivo será más fácil en una acción de responsabilidad de seguimiento (*follow on procedure*), esto es, *en una acción subsecuente a una decisión de la AdC* (o de la Comisión de la UE) que declare la existencia de una práctica restrictiva ilícita cometida por cierta o ciertas empresas.

Según el art. 16/1 del Reglamento (CE) 1/2003, las decisiones de la Comisión Europea relativas a infracciones a los arts. 101 y 102 del TFUE son vinculantes para los tribunales nacionales. No hay una norma portuguesa prescribiendo un efecto equivalente para las decisiones de la AdC. Además, una norma semejante sería posiblemente inconstitucional, atendiendo a lo dispuesto en el art. 203 de la Constitución de la República Portuguesa (CRP): «Los tribunales son independientes y solamente están sujetos a la ley»<sup>11-12</sup>. No obstante, una decisión (definitiva) de la AdC declarando la existencia de un hecho ilícito anticompetitivo, a pesar de que jurídicamente no vincularía al tribunal, *facilitará considerablemente la prueba a cargo de quien pide la indemnización* (contra las mismas empresas y con base en los mismos hechos sobre los que decidió la AdC).

En efecto, la AdC tiene *poderes inquisitivos* que el tribunal no tiene, sin dejar de estar obligado a respetar los derechos fundamentales de defensa (arts. 18 y ss. del RJC). El tribunal no desaprovechará, por lo tanto, los elementos de prueba que consten en el procedimiento instruido por aquella autoridad. Siendo cierto que, aparte de ser publicadas las decisiones finales de la AdC en su página electrónica (art. 32/6 del RJC), otros documentos que consten en los procesos emprendidos por ella pueden llegar al tribunal por orden de éste, sea por requerimiento del demandante de la indemnización, o sea por iniciativa del mismo tribunal (v. arts. 535 y 537 CPC).

11. Pero, curiosamente, no se plantearía el problema de inconstitucionalidad si el Reglamento 1/2003 (u otro) determinase el carácter vinculante de las decisiones de las autoridades de competencia nacionales (de los Estados miembros) para los tribunales portugueses...

12. En sentido diferente, v. SÉRVULO CORREIA, J. M. 2008: «Efectividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito de concorrência através de meios processuais administrativos e civis». En *Estudos em Honra do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, vol. II, 1775-1776, 1783.

## 2.1.2. Culpa

Según el art. 483 del CCiv., la responsabilidad por hechos ilícitos presupone por regla general la *culpa (dolo o negligencia)* del infractor (n.º 1); sólo existe obligación de indemnizar independientemente de la culpa en los casos especificados en la ley (n.º 2).

La legislación portuguesa de competencia *no dispensa de la culpa*. La responsabilidad civil por hechos anticompetitivos ilícitos es una responsabilidad subjetiva, no objetiva.

Incumbe al *perjudicado probar la culpa del autor del daño*, salvo si hubiera una presunción legal de culpa (art. 487/1 del CCiv.).

Las leyes de competencia no establecen presunción a favor del perjudicado (invirtiendo la carga de la prueba).

Con todo, al perjudicado por un hecho ilícito anticompetitivo no le será generalmente difícil probar la culpa del infractor. En realidad, el tribunal apreciará la culpa según los criterios de *diligencia exigible a un sujeto medio inserto en el ámbito empresarial en el que se sitúa el infractor* (cfr. art. 487/2 del CCiv.). Por consiguiente, una empresa que viola reglas de competencia difícilmente dejará de merecer un juicio de censura por haber actuado como actuó, cuando lo cierto es que una empresa medianamente diligente (conocedora y respetuosa de sus deberes) no habría actuado de esta forma. Además, en el campo de prueba de la culpa, a pesar de que no jueguen presunciones legales, juegan ciertamente las *presunciones naturales, judiciales o de hecho*. Y la experiencia muestra que la violación de las reglas de competencia normalmente es culpable.

## 2.1.3. Daño. Nexo de causalidad

No hay responsabilidad civil sin haber *daño o perjuicio* para sujetos determinados o determinables. Para la responsabilidad civil por prácticas ilícitas anticompetitivas no es suficiente el daño a la competencia, en cuanto bien al servicio del interés público o general tutelado por el Estado, que puede reaccionar punitivamente. Es necesario (también) el daño de particulares determinados o determinables (señaladamente empresas competidoras o clientes del infractor y consumidores). Son posibles casos de violación de las reglas de competencia, pero sin perjuicio para particulares (*v. g.*, se constituye un cártel, pero no llega a actuar, no tiene efectos restrictivos de la competencia). En tales casos, la autoridad pública puede reaccionar, los particulares no tienen derecho de indemnización.

Daño aquí significa esencialmente las desventajas causadas al (los) particular(es) en su patrimonio. Abarca tanto el *daño emergente* (disminución de valores existentes en el patrimonio del perjudicado —p. ej., cliente de empresa cártelizada que paga más de lo que pagaría si no hubiera existido el cártel—) como el *lucro cesante* (valor

que no entró en el patrimonio del perjudicado —p. ej., empresa que no opera en un determinado mercado porque otra, en posición dominante, le impidió el acceso a una infraestructura esencial)— (cfr. art. 564/1 del CCiv.).

*El valor de los daños* (patrimoniales) viene dado por la diferencia entre la situación real del patrimonio del perjudicado en cierto momento y la situación (hipotética) en que se encontraría en ese mismo momento si no hubiese ocurrido el comportamiento lesivo.

Indemnizables son solamente los daños *causados por el hecho ilícito anticompetitivo*. Es presupuesto de la responsabilidad civil el nexo de causalidad entre el hecho (ilícito e culpable) y el daño.

En cuanto a este nexo de causalidad, la doctrina y jurisprudencia ampliamente dominantes, apoyadas también en el art. 563 del CCiv., adoptan la concepción de la *causalidad adecuada*. La idea fundamental es ésta: se considera causa el hecho que, además de haber sido en el caso concreto condición *sine qua non* del daño, se muestra en abstracto o en general adecuado para producirlo. En la formulación más amplia de causalidad adecuada, preferible en el espacio de la responsabilidad por hechos ilícitos y culpables, el hecho que actuó como condición del daño sólo dejará de ser considerado causa adecuada si se muestra totalmente indiferente para la verificación del daño, al haberse producido éste sólo en virtud de circunstancias extraordinarias o anómalas (que tanto podrían sobrevenir al hecho ilícito como a un hecho lícito)<sup>13</sup>.

Obsérvese además que el nexo causal entre hecho y daño no tiene por qué ser directo o inmediato. Basta con que sea *indirecto o mediato*: el hecho, aunque no haya provocado el daño por sí mismo, desencadenó otra condición que directamente lo produjo, siendo esta segunda condición consecuencia adecuada de aquel hecho<sup>14</sup>.

*Sobre el perjudicado pende la carga de la prueba* tanto del daño como del nexo de causalidad (cfr. art. 342/1 del CCiv.).

## 2.2. Indemnización

### 2.2.1. Cálculo (regla y algunas excepciones)

La regla para el cálculo de la indemnización en dinero<sup>15</sup> está prevista en el artículo 566/2 del CCiv.: «Tiene como medida la diferencia entre la situación patrimonial del perjudicado, en la fecha más reciente que pueda ser atendida por el tribunal, y la que

13. V. por todos ANTUNES VARELA, J. M. 2000: *Das obrigações em geral*. 10.ª ed. Coimbra: Almedina, vol. I, 887 y ss., 891 y ss., 898 y ss. y ALMEIDA COSTA, M. J. 2008: *Direito das obrigações*. 11.ª ed. Coimbra: Almedina, 764.

14. V. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, 766.

15. La indemnización por reconstitución natural difícilmente se dará en el campo que estamos considerando.

existiría en esa fecha si no existiesen daños». Es la consagración legal de la formulación de la «diferencia»: el montante de la indemnización se corresponde con la *diferencia, en cierto momento, entre la situación real y la situación hipotética en ausencia de daños del patrimonio del perjudicado*.

Pero el propio CCiv. admite excepciones a esta regla. Por ejemplo, en el art. 494: si el causante del daño actuó con mera culpa o negligencia, «la indemnización podrá ser fijada, equitativamente, en un montante inferior al que correspondería a los daños causados, siempre que el grado de culpabilidad del agente, su situación económica o la del perjudicado y las demás circunstancias del caso lo justifiquen». O en el art. 566/3: «Si no pudiera averiguarse el valor exacto de los daños, el tribunal juzgará equitativamente dentro de los límites que tenga por probados».

### 2.2.2. Indemnización de perjudicados directos e indirectos (*passing on defence*)

Imagínese que tres grandes productores petroquímicos forman un cártel; por eso suben los precios de venta de polipropileno suministrado a seis empresas de hilatura (F) en cerca de un 30%; estas empresas (F) (a) consiguen repercutir todos los incrementos de costes en sus clientes (empresas textiles – T), a quienes continúan vendiendo idénticas cantidades de hilos<sup>16</sup>, (b) o consiguen repercutir todo el aumento del coste de la materia prima, pero pasan a vender menos hilos, (c) o no consiguen repercutir los incrementos de costes del polipropileno, y continúan vendiendo idénticas cantidades de hilos.

En todas estas hipótesis las empresas de hilatura F («adquirentes directos») sufren, inmediatamente, por causa del ilícito anticompetitivo, daño emergente (salida de valores patrimoniales para las petroquímicas y, eventualmente, para bancos financiadores, etc.). En la hipótesis (b) se registran además lucros cesantes.

Las empresas de hilatura F intentan acciones indemnizatorias contra los respectivos suministradores. Éstos prueban<sup>17</sup> que se verifica la hipótesis (a), o la hipótesis (b) – pero, en este caso, solamente en cuanto a la repercusión de los incrementos de costes de la materia prima.

Probada la hipótesis (a), *no habrá obligación de indemnizar*. Los adquirentes directos no soportan, al final, daño. La situación real actual y la situación hipotética actual del patrimonio son idénticas a pesar del ilícito. Sus desventajas (incluidos eventuales costes de gestión o de transacción para repercutir el aumento del precio de la materia

16. Esta hipótesis será difícilmente verificable. Más no imposible, pienso (con distinta opinión, VELASCO SAN PEDRO, Luis A. y HERRERO SUÁREZ, Carmen. «La «passing-on defence», un falso dilema?». En L. A. Velasco San Pedro y otros: *La aplicación...*, *op. cit.*, 599 y ss.).

17. Cfr. art. 342/2 del CCiv.

prima) fueron compensadas por las ventajas causalmente vinculadas a ellas –«compensación de las ventajas» (*compensatio lucri cum damno*)–<sup>18</sup>.

Probada la hipótesis (b), los infractores no se libran de tener que *indemnizar* (por lo menos) los lucros cesantes.

En las hipótesis (a) y (b), las empresas textiles T («adquirentes indirectos») *sufren perjuicios causados (nexo de causalidad mediato) por el ilícito anticompetitivo* practicado por las empresas petroquímicas. Si probasen todos los presupuestos de responsabilidad civil, tendrán derecho a la indemnización. Claro que ahora la prueba es más difícil: la distancia que las separa de los infractores y de la infracción lo complica. No se benefician, por ello, de una presunción legal que invierta la carga de la prueba. Ahora bien, pueden beneficiarse de presunciones de hecho.

### 2.2.3. Acción judicial de indemnización

#### a) Legitimación (especialmente en acción popular)

Cualquier perjudicado, directa o indirectamente, por un hecho ilícito anticompetitivo tiene legitimación para interponer una acción indemnizatoria (cfr. art. 26 del CPC).

Cuando una infracción de las reglas de competencia constituya también una infracción contra *intereses difusos o colectivos de los consumidores*, es posible el recurso a la «acción popular».

El *derecho de acción popular* se confiere para la prevención, la cesación o la persecución judicial (también la acción de indemnización) de infracciones contra *intereses difusos y colectivos* como la salud pública, el medio ambiente, el patrimonio cultural y, obsérvese, el *consumo de bienes o los intereses y derechos de los consumidores* (art. 52/3 de la CRP, art. 1 de la Ley n.º 83/95, del 31 agosto de 1995-LAP<sup>19</sup>). Aunque se entienda que la (defensa de) la competencia no es un interés difuso, debe entenderse que los intereses de los consumidores (asimismo) tutelados por las reglas de competencia son intereses difusos (intereses difusos en sentido estricto o intereses colectivos)<sup>20</sup>.

Titulares del derecho de acción popular indemnizatoria son, principalmente, cualquier *consumidor* (co)titular del interés difuso afectado y *las asociaciones y fundaciones* estatutariamente defensoras de los intereses en causa (cfr. arts. 2 y 3 de LAP). El

18. Acerca de este principio, de contornos muy imprecisos, v. p. ej. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, 937 y ss.; MOTA PINTO, P. 2008: *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, 710 y ss.

19. Ley de Acción Popular, llamémosla así, pese a que no regula solamente el derecho a la acción popular.

20. Sobre los intereses difusos en general y sus modalidades, v. TEIXEIRA DE SOUSA, M. 2003: *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 43 y ss.; v. tb. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, 1779-1780.

demandante [consumidor (es) o asociación o fundación] representa a todos los consumidores con derecho a indemnización, *exceptuados los que declaren en el proceso que se excluyen de esa representación* (arts. 14 y 15 de LAP) –la ley optó (bien) por el modelo del *opt-out*–. Y la sentencia emitida por el juzgado que estime procedente lo solicitado tiene «eficacia general, no abarcando, sin embargo, a los titulares de los derechos o intereses que hayan ejercido el derecho de autoexclusión de la representación» (art. 19/1 LAP).

Es reseñable el hecho de que en la acción popular le corresponden al juez *poderes inquisitivos* o de investigación bastante más amplios de los atribuidos en el sistema procesal civil tradicional. Dice el art. 17 de LAP: «En la acción popular y en el ámbito de las cuestiones fundamentales definidas por las partes, dispone el juez de iniciativa propia en materia de recogida de pruebas, sin vinculación a la iniciativa de las partes». Obsérvese, por otro lado, el régimen especial de las *costas procesales* –bastante menos gravoso del que es común (art. 20 de LAP)–.

Teniendo presente el art. 22 de LAP (poco claro al respecto), (a) el tribunal fija el *valor global de la indemnización* cuando los que tienen derecho a ella *no están individualmente identificados*<sup>21</sup> (la posterior individualización de los sujetos y de las cuotas de indemnización podrá hacerse, teniendo en cuenta circunstancias varias, por el actor de la acción popular o en acciones judiciales individuales); (b) cuando los consumidores perjudicados están *identificados*, será *a veces* posible que en el propio proceso de acción popular se *fije la indemnización de cada uno de ellos*; (c) en *otros casos* el tribunal se limitará a establecer que los demandados son *responsables por los daños causados por ciertos hechos*, cabiendo después a los perjudicados, *en acciones individuales, probar el montante de los daños a resarcir*.

## b) Prescripción del derecho de indemnización

«El derecho de indemnización prescribe en el plazo de tres años, a contar de la fecha en que el perjudicado tuvo conocimiento del derecho que le compete, aunque desconozca la persona del responsable y la extensión integral de los daños, sin perjuicio de la prescripción ordinaria si hubiera transcurrido el respectivo plazo [20 años: art. 309 del CCiv.] a contar del hecho dañoso» – art. 498/1 del CCiv.

El perjudicado tiene conocimiento del derecho de indemnización a partir del momento en que *conoce todos los presupuestos de la responsabilidad civil*: hecho ilícito (anticompetitivo), culpa (dolo o mera culpa), daño (aunque no exactamente cuantificado)

21. Para la fijación de la indemnización global el tribunal puede servirse de criterios de equidad (art. 566/3 Cciv.). Aunque, cuando sea ésa la vía escogida, lo normal será que la indemnización sea fijada en un montante equivalente al de las ganancias obtenidas por el infractor con la vulneración de las reglas de competencia. Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, 168, 173.

y nexo de causalidad entre el hecho (ilícito y culpable) y el daño. Le compete al demandado la prueba de que el plazo de tres años posterior al referido conocimiento ya ha transcurrido (art. 343/2 del CCiv.).

La prescripción constituye una excepción perentoria que comporta la absolución del *petitum* formulado en la acción indemnizatoria (cfr. art. 493/3 del CPC).

### 2.3. Medidas de «clemencia» (pública) y obligación de indemnización

El RJC regula en los arts. 75 a 82 la dispensa y la reducción de la sanción aplicable a empresas y a administradores o dirigentes por acuerdos y prácticas concertadas prohibidas.

La AdC concede *dispensa de la multa* a una empresa que, entre otras condiciones, sea la primera en aportarle informaciones y elementos de prueba fundamentales sobre una práctica restrictiva de la competencia (art. 77). Y concede *reducción de la multa* a las empresas que, entre otras condiciones, aporten informaciones y pruebas con valor adicional significativo respecto a las informaciones y pruebas que ya estén a disposición de la AdC (art. 78). El art. 79 prevé la dispensa o la reducción de la multa a administradores y dirigentes que cooperen «plena y continuamente» con la AdC.

La ley no prevé ninguna repercusión de la (pública) «clemencia» (total o parcial) en la responsabilidad civil de quien se beneficia de ella. *El beneficiario de la exclusión o limitación de multa no goza de exclusión o limitación de responsabilidad*. Con los demás miembros del cártel continúa obligado solidariamente a indemnizar a los perjudicados<sup>22</sup>; y en las relaciones internas sigue respondiendo en los términos legales generales<sup>23</sup>.

No me parece que deba ser de otro modo<sup>24</sup>. La (pública) «clemencia» es un instrumento para el *public enforcement* de los (contra los) cárteles, para la sanción y disuasión de prácticas contra el bien público de la competencia; la responsabilidad civil se hace valer por particulares que tienen justamente el derecho de exigir el resarcimiento de

22. Cfr. el art. 497/1 del CCiv.: «Si fueren varias las personas responsables por los daños, su responsabilidad será solidaria».

23. Cfr. el art. 497/2 del CCiv.: «El derecho de regreso entre los responsables existe en la medida de sus respectivas culpas y de las consecuencias que de ellas sobrevengan, presumiéndose iguales las culpas de las personas responsables».

24. V. en contra, sin embargo, KERSTING, Christian. «Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht», <http://ssrn.com/abstract=1161254>, 10 y ss. [el beneficiario de la dispensa o atenuación de la multa debe beneficiarse de la exclusión o limitación (en igual porcentaje) de la responsabilidad civil; en las relaciones internas, esto tendría apoyo jurídico-positivo en Alemania (aunque me parece que muy dudoso); en las relaciones externas la idea se presenta *de lege ferenda* sustentada en el hecho de que los perjudicados recibirían del infractor denunciante informaciones que llevan a descubrir el cártel y hacen viable la acción de responsabilidad].

los daños sufridos<sup>25</sup>. Beneficiar al denunciante en el campo de las sanciones públicas y además en el de las sanciones privadas sería beneficiar doblemente al infractor. Por otro lado, no es cierto que las infracciones denunciadas no serían descubiertas por la autoridad de competencia (que después, de una manera o de otra, las daría a conocer). Un miembro de un cártel sólo denunciará si cree que la infracción corre el riesgo de ser detectada y sancionada, o si al menos cree que otro miembro del cártel creerá que existe ese riesgo<sup>26</sup>. Además, la experiencia parece indicar que la denuncia hecha por un miembro de un cártel se produce sobre todo cuando éste entró en crisis o ya se disolvió.

Sin embargo, «el acceso de terceros [incluido los que pretendan reclamar la responsabilidad civil de los miembros del cártel] a los pedidos, documentos e informaciones presentados por el requirente, a efectos de la dispensa o reducción de la multa, carece de autorización de este» (art. 81). La ley portuguesa se ha colocado en línea, por lo tanto, con la interpretación de la Comisión de la UE<sup>27</sup>.

*Pero no tendría que ser así.* «Las disposiciones del derecho de la Unión en materia de cárteles (...) deben ser interpretadas en el sentido de que no se oponen a que una persona perjudicada por una infracción al derecho de la competencia de la Unión y que procura obtener una indemnización tenga acceso a los documentos relativos a un procedimiento de clemencia con respecto al autor de la referida infracción. Incumbe, sin embargo, a los órganos jurisdiccionales de los Estados-Miembros, con base en su derecho nacional, determinar las condiciones en las cuales ese acceso debe ser autorizado o rechazado, a través de la ponderación de los intereses protegidos por el derecho de la Unión»<sup>28</sup>.

Entre la eficacia de los procedimientos de clemencia en la lucha contra los cárteles y el derecho de los perjudicados a reclamar indemnizaciones (factor también de disuasión de la cartelización) aprovechándose de pruebas en la posesión de autoridades públicas, la ley portuguesa ha optado por dar primacía a la primera...

## 2.4. Responsabilidad civil de los administradores de sociedades

Las «empresas» que violan reglas de competencia son la mayoría de las veces sociedades. Representadas (orgánicamente) por los administradores, normalmente son éstos los que deciden y ejecutan (o mandan ejecutar) actos ilícitos anticompetitivos.

25. V. también, ej., WLS, Wouter P. J. «The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages», <http://ssrn.com/abstract=1296458>, 30 y ss.

26. WLS, *op. cit.*, 31, n. 132.

27. Cfr. «Comunicación de la Comisión sobre la cooperación entre la Comisión y los tribunales de los Estados miembros de la UE en la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE» (JO C101, de 27/4/2004), n.º 26.

28. Decisión prejudicial del TJ de 14/6/2011 (Pfleiderer, C-360/09).

No sorprende, por esto, que además de las sociedades infractoras también los administradores se encuentren sujetos a sanciones administrativas pecuniarias (multas) –art. 73/6 del RJC<sup>29</sup>.

Y están sujetos además (lo que no ha sido suficientemente advertido) a responsabilidad civil. En efecto, de acuerdo con el art. 79/1 del Código das Sociedades Comerciais (CSC), los administradores responden, «en los términos generales», frente a «terceros por los daños que directamente les causaren en el ejercicio de sus funciones»<sup>30</sup>.

*Presupuestos de esta responsabilidad* son, igualmente, la ilicitud –violación de reglas legales de competencia tuitivas (también) de intereses de terceros–; la culpa (dolo o negligencia); el daño («directamente» causado en el patrimonio de terceros, no siendo relevante el daño meramente reflejo, derivado del daño sufrido directamente por la sociedad); y el nexo de causalidad entre el hecho ilícito (y culpable) y el daño. *Recae en los perjudicados la carga de la prueba* relativa a todos estos presupuestos.

Cuando el hecho ilícito se basa en una deliberación del órgano de administración, los administradores que no hayan participado en ella o hayan perdido la votación no responden (art. 79/2 del CSC, remitiendo al art. 72/3). Pero el administrador que no participó en la deliberación responderá si no se opuso, cuando podía haberlo hecho, a esa deliberación –si no hizo lo que podía para impedir que fuese adoptada y/o ejecutada (cfr. art. 72/4 del CSC, al que remite el art. 79/2)–.

Siendo dos o más los administradores responsables, la obligación de indemnización es solidaria (art. 79/2, remitiendo al art. 73 del CSC).

A propósito de la prescripción del derecho de indemnización de los terceros, debe recalcar que tal derecho prescribe ahora en el plazo de *cinco años* (no tres años, plazo previsto en el art. 498/1 del CCiv., como vimos) a contar del término de la conducta dañosa del administrador, o (si fuera posterior) de la revelación de esa conducta, o de la producción del daño (si fuera posterior a aquella revelación) –art. 174/2 del CSC–.

Siempre que los administradores de una sociedad sean responsables frente a terceros, *también la sociedad responde civilmente* (art. 6/5 del CSC)<sup>31</sup>. Una y otros responden *solidariamente*. Pero si la sociedad pagara la indemnización, tiene derecho a exigir a los administradores el reembolso de todo cuanto haya pagado. Además me parece que este régimen preserva los intereses de los socios y de los trabajadores ajenos a las prácticas ilícitas y sirve de disuasión de estas prácticas.

29. Sólo ha sido en 2009 cuando la AdC ha aplicado por primera vez multas a administradores de empresas infractoras.

30. V., en general, COUTINHO DE ABREU, J. M. 2010: *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 83 y ss.

31. V. COUTINHO DE ABREU, *op. cit.*, 96 y ss.

### 3. REGLAS DE LA COMPETENCIA Y GRUPOS DE EMPRESAS

#### 3.1. Inaplicabilidad de la prohibición legal de acuerdos restrictivos de la competencia

A efectos del RJC, el n.º 2 del art. 3 considera «como una única empresa el conjunto de empresas que, aunque jurídicamente distintas, constituyen una unidad económica o mantienen entre sí lazos de interdependencia» resultantes, entre otros hechos, principalmente de participación mayoritaria (con derecho de voto) de una empresa en el capital de otra(s).

Existirá «unidad económica», ante todo, en las «sociedades en relación de grupo» o grupos de sociedades propiamente dichos. En el derecho societario portugués, estos grupos pueden ser de tres tipos (arts. 488 y ss. del CSC): grupo constituido por dominio total (inicial o superviniente), grupo contractual de subordinación y grupo contractual paritario. En los grupos de dominio total y en los de subordinación, la sociedad dominante tiene el derecho de dar instrucciones vinculantes a la administración de sociedades dominadas; estas instrucciones pueden incluso ser desventajosas para las dominadas –desde que sirvan los intereses de la dominante o de otras sociedades del grupo (arts. 491 y 503)–. Sin embargo, en contrapartida, la *sociedad dominante responde ante los acreedores de las dominadas por las obligaciones de éstas* y puede ser obligada a compensar las pérdidas anuales de las dominadas (arts. 501 y 502)<sup>32</sup>.

Existirá además «unidad económica» en los conjuntos de empresas en los cuales, a pesar de no haber «relación de grupo», *una de ellas (sociedad o no) domine totalmente (o casi)*, de forma directa o indirecta, una o más sociedades, no disfrutando esta(s) de autonomía real en la determinación de sus comportamientos en el mercado<sup>33</sup>.

Asimismo, *la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia es inaplicable en las relaciones entre empresas que constituyan una «unidad económica»* («privilegio de grupo»); los tribunales no pueden declarar la nulidad de acuerdos que la ley considera como decisiones unilaterales de una única empresa.

Interpretando literalmente el n.º 2 del art. 3 del RJC, se podría hacer valer para el conjunto de empresas que «mantienen entre sí lazos de interdependencia» una conclusión idéntica: inaplicabilidad de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia.

Supóngase que la sociedad A posee una participación en la sociedad B correspondiente al 51% del capital de ésta; A y B, con la finalidad de eliminar del mercado a

32. V. también el art. 500.

33. Esta idea de «unidad económica» se recoge también en la jurisprudencia comunitaria – v. indicaciones en COUTINHO DE ABREU, J. M. 1996: *Da empresarialidade (As empresas no direito)*. Coimbra: Almedina, (reimpr. 1999), 263-264 y, más recientes, en la sentencia del TJ de 29/9/2011 (Elf Aquitaine/ Comisión, C-521/09).

la empresa C, acuerdan vender a ésta los bienes que producen en condiciones mucho más gravosas de las que practican con relación a otros clientes comerciales (cfr. el art. 9/1,d) del RJC); si se considera como una única empresa al conjunto de las empresas A y B, aquel acuerdo no sería un verdadero acuerdo restrictivo de la competencia –habría tan solamente una parte, una empresa, no dos–.

No me parece aceptable esta conclusión. Habrá que interpretar restrictivo-teleológicamente la norma del art. 3/2. La empresa dominante A no tiene el derecho de disponer de la dominada B como si ésta fuera su sucursal y/o sección; B tiene el derecho (y el deber) de proseguir una política empresarial propia, conforme a sus propios intereses, distintos de los intereses de A, tiene la libertad para celebrar acuerdos con A; no existen razones para privilegiar estas empresas respecto a las empresas no integradas en cualquier conjunto basado en «lazos de interdependencia»<sup>34</sup>. Más, el «privilegio de grupo» viene siendo concedido por la jurisprudencia comunitaria a los agrupamientos empresariales en los cuales la sociedad madre controla al 100% las filiales<sup>35</sup>.

### 3.2. Responsabilidad civil de la empresa dominante y de las empresas dominadas

Supóngase que la empresa X (empresa dominante), Y y Z constituyen, en los términos del n.º 2 del art 3 del RJC, un conjunto de empresas considerado como «una única empresa». Y celebra con una empresa externa (fuera del conjunto) un acuerdo ilícitamente restrictivo de la competencia que provoca daños a los clientes de aquélla. Podría pensarse que estos clientes tienen el derecho de ser indemnizados tanto por Y como por X y Z –todas integrantes de «una única empresa»–. Pero no es tanto así.

La empresa Z no es responsable, porque no ha participado en el acuerdo ilícito, ni lo ha determinado o codeterminado.

Con relación a la empresa X, la solución es fácil si ella es sociedad «en relación de grupo» con Y.

Conforme al art. 501 del CSC, X responde de forma *solidaria, objetiva e ilimitada* por las obligaciones de la sociedad Y –independientemente, por lo tanto, de haber o no influido en el comportamiento ilícito de Y–.

Si no existiera «relación de grupo», los clientes de Y que presenten acción judicial de indemnización contra (solamente o también) X, deberán *probar que ésta ha sido instigadora o auxiliar del acto ilícito practicado por Y* (cfr. el art. 490 del CCiv.). Que- dando probado, por ejemplo, que X ha orientado el comportamiento de Y para que celebrara el referido acuerdo, o que ha aprobado la intención de Y de celebrar ese

34. Cfr. COUTINHO DE ABREU, *últ., op. cit.*, 278-279.

35. V., por ejemplo, la sentencia del TJ de 24/10/1996 (Viho/Comisión, C-73/95).

acuerdo, o que X actuaba como «administrador de hecho» de Y, entonces X e Y son solidariamente responsables (art. 497 del CCiv.).

No es exactamente éste el discurso argumentativo del TJ a propósito de la responsabilidad «contraordenacional» (de la aplicación de sanciones administrativas pecuniaras). Si una sociedad madre y una filial constituyen una «unidad económica» o «única empresa», dominando aquélla al 100% o cerca de ese porcentaje a la segunda, existe presunción eludible de que la matriz ejerce efectivamente influencia determinante sobre la filial, pudiendo el comportamiento de ésta ser imputado a la matriz, y respondiendo ambas de forma solidaria, a no ser que la matriz pueda destruir esa presunción<sup>36</sup>.

Sin embargo, no me parece que este discurso se pueda trasladar a la responsabilidad civil aplicable por los tribunales portugueses (y de otros Estados miembros). Menos aún en los casos en que la empresa dominante no domina en la totalidad (o casi) a las empresas dominadas.

36. V., por ejemplo, las sentencias del TJ de 10/9/2009 (Akzo/Comisión, C-97/08) y de 29/9/2011 (Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09).

# La autonomía de las organizaciones religiosas en el Estado Constitucional de Derecho en dos recientes fallos jurisprudenciales

**Alfonso Santiago<sup>1</sup> y  
Juan Andrés Navarro Gamboa<sup>2</sup>**

Fecha de recepción: septiembre de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 25 de octubre de 2013

## **Resumen**

En el último año, la Corte Suprema de los Estados Unidos y la Corte Europea de Derechos Humanos han dictado fallos de gran trascendencia en materia de libertad religiosa. Ambos tribunales han reconocido el derecho de las confesiones religiosas a organizarse libres de injerencia estatal, es decir, el derecho de ellas a la autonomía frente al Estado. Este principio, muchas veces discutido, surge claramente de los dos fallos reseñados en este artículo.

## **Abstract**

*In the last year, both the Supreme Court of the United States and the European Court of Human Rights have issued decisions of great importance in religious freedom. Those Courts have recognized the right of religious denominations to organize freely from state interference, admitting their right to have organizational autonomy. This principle, often discussed, is clear from the two rulings outlined in this article.*

1. Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Austral. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y director de su Instituto de Derecho Constitucional.

2. Abogado (UCA).

El primero de ellos, al reconocer el principio de la «excepción ministerial», que permite a las confesiones religiosas manejarse con un amplio margen de discrecionalidad respecto de la selección de aquellas personas que revistan la condición de ministros de culto, incluso admitiendo apartarse de la legislación común en materia laboral.

El segundo fallo, al decidir un conflicto entre una congregación religiosa y algunos de sus fieles, puso de manifiesto que la necesidad de cada Estado de garantizar a sus ciudadanos la efectiva puesta en práctica de los derechos emanados de la Convención Europea de Derechos Humanos no puede colisionar con el derecho de las confesiones religiosas a organizarse libres de intervención e injerencia estatal injustificada.

**Palabras clave:** Corte Suprema de Estados Unidos, Corte Europea de Derechos Humanos, Libertad Religiosa, Confesiones Religiosas, Autonomía, Ministros de Culto, Establishment Clause, Convención Europea de Derechos Humanos. Excepción Ministerial, Derecho Laboral, Leyes Antidiscriminación, Derecho a la Libre Asociación, Sindicatos, Margen Estatal de Apreciación, Derecho al Disenso.

*The first of them recognizes the principle of the so called «ministerial exception» that allows religious groups to operate with a wide margin of appreciation with regard to the selection of those who have the status of ministers of religion, even if this means giving up on the application of anti-discrimination laws.*

*The second judgment, in deciding a conflict between a religious community and some of its followers, pointed out that the mandate for each State to guarantee its citizens the effective implementation of the rights recognized under the European Convention on Human Rights can't collide with the right of religious denominations to organize free of undue state interference.*

**Key words:** U.S. Supreme Court, European Court of Human Rights, Religious Freedom, Religious Denominations, Autonomy, Ministers of Religion, Establishment Clause, European Convention on Human Rights, Ministerial Exception, Labor Law, Anti-Discrimination Laws, Right to Free Association, Unions, State Margin of Appreciation, Right to Dissent.

## I. PRESENTACIÓN

Dos de los tribunales judiciales más importantes del mundo, la Corte Suprema norteamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH), han dictado en los últimos meses dos fallos trascendentes en los que se trata un aspecto relevante de la libertad religiosa en su dimensión social: la autonomía que corresponde reconocer a las confesiones religiosas en las relaciones entre ellas y sus ministros.

La finalidad de esta colaboración es reseñar estos fallos y formular luego algunas consideraciones finales.

## 2. EL CASO HOSANNA-TABOR EVANGELICAL LUTHERAN CHURCH AND SCHOOL VS. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION ET AL.<sup>1</sup>

### 2.1. *Qué se discute*

Ciertas leyes contra la discriminación en el ámbito laboral permiten a los empleados que han sido arbitraria y discriminatoriamente despedidos de sus trabajos demandar a sus empleadores la reincorporación o, en su caso, una justa indemnización.

Lo que se plantea ante la Corte Suprema norteamericana en este caso es si a partir de las cláusulas de «establecimiento» y «libre ejercicio» contenidas en la Primera Enmienda de la Constitución<sup>2</sup> puede deducirse la existencia de la llamada «excepción ministerial» (*ministerial exception*) que impediría en casos como el presente la aplicación de las mencionadas leyes laborales contra las decisiones internas de las confesiones religiosas respecto de sus ministros<sup>3</sup>.

### 2.2. *Los hechos del caso*

El caso se origina en torno al despido sufrido por Cheryl Perich, quien se desempeñaba como docente en la escuela Hosanna-Tabor. De acuerdo con la postura de la demandada (Perich), la terminación abrupta de la relación laboral se debió a un problema de salud, lo que constituiría un acto de discriminación ejercido en su contra por la escuela, en violación a la *Americans with Disabilities Act*. Según la actora (Hosanna-Tabor), el despido se debió no a los problemas de salud de Perich, sino a que ella, en tanto «ministro» de la Iglesia luterana que administraba y dirigía la escuela, había violado las normas internas de la congregación al pretender entablar un conflicto judicial contra las decisiones de la asamblea escolar.

Señala el *syllabus* de la Corte que la escuela, como integrante del *Lutheran Church-Missouri Synod*, reconoce dentro de su estructura dos clases de docentes. Los llamados *called teachers* y los denominados *lay teachers*. Los primeros son considerados «llamados por Dios» para –luego de recibir una formación especial por parte de la Iglesia luterana– ejercer un «ministerio» que abarca tanto la enseñanza curricular normal de la escuela como la enseñanza y la guía espiritual y religiosa de los alumnos.

1. 565 U.S. \_\_2012; 132 S. Ct. 694; 181 L. ed. 2d 650.

2. «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof».

3. En el voto concurrente de los jueces Alito y Kagan hay un desarrollo muy completo e interesante acerca del alcance del término ministro, según distintas religiones y según cómo debería la Corte calificar cuándo un individuo reviste, o no, esa condición.

Los segundos, en cambio, no poseen especial preparación teológica o religiosa, no siendo necesaria ni siquiera su pertenencia al credo luterano. Si bien las tareas a desarrollar son sustancialmente similares en el caso de ambos tipos de docentes, los *lay teachers* son contratados únicamente cuando no existe la posibilidad de contratar un *called teacher*.

Perich se vio obligada a pedir licencia por enfermedad en su trabajo como docente ya que se le diagnosticó una enfermedad denominada narcolepsia durante el ciclo lectivo 2004-2005. En enero de 2005, ella informó al colegio que se encontraba apta para retomar sus tareas a partir de febrero, recibiendo una respuesta negativa por parte de la institución, que adujo que ya había contratado a un docente –un *lay teacher*– para desempeñarse en su lugar durante el resto del ciclo y que Perich no se encontraba en condiciones de reasumir sus deberes al frente de un aula. La congregación le ofreció a Perich la posibilidad de abonarle parte de sus gastos de salud a cambio de que ella renunciara a su cargo como *called teacher*, a lo que ella se negó. Llegado el mes de febrero ella se presentó a trabajar, encontrándose con que el colegio se mantenía en la negativa a reincorporarla. Al informarle el director que era probable que la despidieran, Perich contestó, en base al asesoramiento legal recibido, que estaba dispuesta a luchar por su reincorporación al trabajo. Esto fue motivo para que la congregación a cargo de dirigir la escuela decidiera despedir a Perich en base a su «insubordinación» y su «comportamiento disruptivo» para con la comunidad educativa de la cual ella era hasta ese momento miembro, así como por el daño realizado a la relación que la unía con la congregación al «amenazar con demandar judicialmente» a la escuela. La motivación a obrar en ese sentido se debió a que Hosanna-Tabor sostiene –así como también lo hacen las demás Iglesias luteranas que integran el *Lutheran Church-Missouri Synod*– entre sus principios básicos la doctrina de la *internal dispute resolution*, según la cual las decisiones tomadas por la asamblea de la Iglesia no son susceptibles de ser posteriormente revisadas por las autoridades estatales.

Esta desvinculación motivó que Perich se presentara ante la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) argumentando que su despido tenía origen en un acto de discriminación por parte de la escuela, en violación a la *Americans with Disabilities Act* de 1990.

El tribunal federal de primera instancia le dio la razón a *Hosanna Tabor*, aplicando la doctrina de la *ministerial exception*, la cual desde hace varias décadas es aceptada en forma prácticamente unánime por los tribunales federales norteamericanos. Sin embargo, la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito revirtió ese fallo<sup>4</sup>, dándole la razón a Perich al juzgar que ella era una simple maestra de cuarto grado y no un verdadero ministro religioso.

4. El fallo de la Cámara de Apelaciones puede consultarse en <http://www.becketfund.org/wp-content/uploads/2011/04/6th-Cir-Panel-Opinion.pdf>.

### 2.3. El fallo de la Corte Suprema

El meollo del asunto, según la Corte, radica en dilucidar si el presente caso se enmarca o no dentro de la mencionada «excepción ministerial», que como ya se dijo es un derivado de la Primera Enmienda de la Constitución de los EE. UU. De acuerdo con ella, no se admite que el Estado, ya sea a nivel local o federal, se entrometa en las decisiones adoptadas por una Iglesia o congregación en torno a su gobierno y funcionamiento interno según sus propias normas.

Sin embargo, antes de decidir si en el presente caso cabe o no aplicar la mencionada excepción, la Corte debe determinar si la *ministerial exception* realmente existe dentro del derecho norteamericano. Esto se debe a que si bien este tema había sido zanjado positivamente en tribunales inferiores, no había recibido nunca tratamiento expreso por parte de la Corte Suprema, que solamente lo había abordado de manera tangencial en diversos procesos relativos a propiedades eclesiásticas<sup>5</sup>.

Al expresar la opinión de la Corte Suprema, el *Chief Justice* John Roberts, luego de un pormenorizado análisis histórico de la cuestión relativa a las relaciones entre el Estado y las Iglesias en el derecho inglés y norteamericano, llega a la conclusión de que existe efectivamente la «excepción ministerial». Para esto se basa tanto en los mencionados precedentes como en el hecho de que –en su opinión– resulta un derivado lógico de la Primera Enmienda que el Estado no puede interferir en las decisiones internas de una congregación respecto de quiénes revisten la condición de ministros y quiénes no. Según la opinión de la Corte:

Estamos de acuerdo en que existe la excepción ministerial. Los miembros de un grupo religioso ponen su fe en manos de sus ministros. Exigirle a una iglesia que acepte o retinga contra su voluntad a un ministro no deseado, o castigarla por no hacerlo, resulta entrometerse en más que una simple decisión atinente a un empleo. Una acción así interfiere con el gobierno interno de la iglesia, privando a ésta del control sobre la selección de aquellos que personificarán sus creencias. Imponiendo un ministro no deseado por la iglesia, el Estado infringe la cláusula de Libre Ejercicio, que protege el derecho de los grupos religiosos a dar forma a su fe y su misión a través de sus designaciones.

Continúa la Corte diciendo que tanto Perich como la EEOC eran conscientes, al momento de interponer el reclamo judicial que no corresponde la aplicación lisa y llana de las leyes antidiscriminación en determinadas circunstancias. Plantean en ese sentido, por ejemplo, que no sería posible imponerle a la Iglesia Católica Apostólica Romana la ordenación de mujeres sacerdotes. Perich y la EEOC, según la Corte, basan la supuesta potestad de las asociaciones religiosas en el derecho a la libre asociación

5. *Watson v. Jones*, 13 Wall. 679 (1872); *Kedroff v. Saint Nicholas Cathedral of Russian Orthodox Church in North America*, 344 U.S. 94, 116 (1952).

que se halla implícito en la Primera Enmienda<sup>6</sup>. Esa apreciación resulta, a los ojos de la Corte, un error, debido a que el derecho a la libre asociación es disfrutado tanto por las asociaciones religiosas como por las asociaciones civiles. Y, por ende, siguiendo el análisis de Perich y la EEOC, la aplicación de la Primera Enmienda sería la misma ya se trate de la Iglesia Luterana, de un sindicato o de un club social. Esto resultaría totalmente incompatible con el texto de la Primera Enmienda, que expresa y especialmente se refiere a las organizaciones de tipo religioso. Termina la Corte su opinión al respecto estableciendo que es inaceptable pensar que las cláusulas de religión no tengan nada que decir a la libertad de organización interna de las asociaciones religiosas respecto de la selección de sus ministros.

Una vez afirmada la existencia de la *ministerial exception*, la Corte se aboca a dilucidar si ésta es aplicable al caso en discusión.

Rápidamente se llega a la conclusión de que sí resulta aplicable al caso de Hosanna-Tabor la excepción ministerial, pero haciendo la salvedad de que no es conveniente adoptar un criterio rígido para determinar quién reviste el carácter de «ministro» y quién no. En este caso concreto decide que Perich reviste tal carácter.

Del análisis efectuado por la Corte resulta que según se considere que Perich ejercía no solo como docente, sino también como «ministro», es que le será posible aplicar la Primera Enmienda y así desestimar la demanda por despido discriminatorio, dándole la razón a la escuela.

Los principales argumentos del *Chief Justice Roberts* para calificar como «ministro» del culto luterano a Perich, permitiendo así resolver la cuestión a favor de Hosanna-Tabor, son los siguientes:

- Perich estaba considerada como «ministro» por la escuela, habiendo recibido una formación especial en ese sentido, lo que incluía un título de Minister of Religion, Commissioned –siendo éste común a todos los *called teachers* de la institución– y el encargo de desempeñar su oficio «de acuerdo a la Palabra de Dios y a los estándares confesionales de la Iglesia Evangélica Luterana, según surge de las Sagradas Escrituras».
- La obtención del título de «ministro» no fue sino el resultado de un significativo nivel de entrenamiento religioso, seguido de un expreso «encargo» –*comissioning*, en el texto original– para realizar tareas estrictamente religiosas, distintas de sus tareas regulares como docente. Le tomó a Perich seis años completar su formación, y aun así, solamente pudo comenzar a ejercer sus tareas una vez que fue confirmada en su «llamamiento» por la congregación. Llegado a ese punto, su tarea solamente podía ser revocada por una mayoría calificada en la asamblea eclesial.

6. Roberts v. United States Jaycees, 468 U. S. 609, 622 (1984).

- Perich se consideraba a sí misma como «ministro» de la Iglesia Luterana, al haber aceptado el llamado al servicio como tal, consintiendo los términos en los cuales lo hacía. De hecho, en una comunicación que dirigió al Sínodo, poco después de ser despedida, ella afirma que sentía que «Dios la guía en el ministerio de la enseñanza» y que está «ansiosa por volver a ejercer su ministerio lo antes posible».
- Las tareas desempeñadas por Perich en la escuela reflejaban su rol dedicado a transmitir el mensaje y los ideales de la Iglesia Luterana. Así, por ejemplo, ella daba clases de religión 4 días a la semana a sus alumnos y guiaba sus oraciones tres veces por día, o estaba a cargo ocasionalmente de organizar servicios religiosos en la escuela, debiendo incluso elegir la liturgia, entre otras funciones.

En resumen, la Corte opina que de tener en cuenta esas consideraciones –el título dado a Perich por la Iglesia, la esencia «ministerial» reflejada en ese título, su propia consideración como ministro y las importantes labores religiosas desempeñadas por ella en la escuela– cabe interpretar que Perich ejercía no solamente como docente sino también como «ministro» y, por tanto, estaba alcanzada por la «excepción ministerial».

Al quedar establecido entonces que Perich era un «ministro» que se desempeñaba como tal en la congregación que atendía a la escuela de Hosanna-Tabor, debe desestimarse tanto su demanda original de ser reincorporada a su trabajo como su posterior conversión en un pedido de indemnización por despido indebido y discriminatorio. Lo primero porque implicaría imponer desde el Estado a la Iglesia la incorporación de un ministro no deseado, violando su potestad para decidir quién está capacitado y quién no para ejercer como tal; lo segundo, porque significaría imponer un castigo a la Iglesia por hacer uso de sus facultades privativas, al asumir la Corte que la Iglesia obró de manera incorrecta cuando dejó sin efecto el nombramiento de Perich. En cualquiera de los dos casos se estaría yendo en contra de la cláusula de Libre Ejercicio de la Primera Enmienda.

Para despejar cualquier duda que pueda presentarse al respecto de la existencia de la excepción ministerial, finaliza el *Chief Justice* Roberts su opinión diciendo lo siguiente:

El caso que tenemos ante nosotros para resolver consiste en una demanda sobre despido discriminatorio presentada en nombre de un ministro, atacando la decisión adoptada por su Iglesia tendiente a despedirla. Lo que hoy decidimos aquí es que la *ministerial exception* impide esa clase de demandas. No vemos motivo para que esa excepción sea susceptible de frenar otro tipo de demandas, incluyendo acciones entabladas por empleados que aleguen incumplimientos contractuales o conductas ilegítimas por sus empleadores religiosos. Ya existirán otras oportunidades para decidir la aplicabilidad de la excepción en otras circunstancias, si es que estas surgen en un futuro.

En definitiva, lo que la Corte viene a resolver en este caso es que si bien el interés de la sociedad civil de luchar contra la discriminación en el ámbito laboral es definitivamente importante, no es menos importante el interés de las distintas Iglesias en decidir quién estará a cargo de predicar sus creencias, enseñar su fe y llevar adelante su misión.

El mensaje es claro: si un ministro que ha sido despedido demanda a su Iglesia alegando que su despido fue discriminatorio, la Primera Enmienda de la Constitución contiene el parámetro para balancear la cuestión. La Iglesia debe ser libre de elegir a aquellos que la guiarán en su camino, sin que el Estado pueda interferir.

### 3. EL CASO SINDICATUL «PĂSTORUL CEL BUN» VS. ROMANIA<sup>7</sup>

#### 3.1. *Qué se discute*

Tanto el derecho interno de la República de Rumania como los pactos europeos de Derechos Humanos en los cuales ese Estado es parte protegen el derecho de libre asociación en el marco de las relaciones laborales, así como también el derecho de las diversas confesiones religiosas a autorregularse de acuerdo a sus propios estatutos o normas.

En el caso en cuestión, la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) debió juzgar acerca de un conflicto suscitado entre la Iglesia Ortodoxa Rumania (IOR) y un grupo de sacerdotes y laicos pertenecientes a ésta, que habían decidido organizarse y crear un sindicato para representar sus intereses profesionales, económicos, sociales y culturales, tanto ante las autoridades religiosas como ante el Estado rumano.

La decisión de este grupo colisionaba abiertamente con los principios y la normativa interna de la Iglesia Ortodoxa Rumana y, por ese motivo, esta institución pidió a las autoridades estatales que revocara la inscripción sindical que fuera otorgada al «Sindicato del Buen Pastor» (*Sindicatul «Păstorul cel Bun»*).

7. Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos, 9-VII-13.

En definitiva, el conflicto en el presente caso se daba entre el artículo 11<sup>º</sup> de la Convención Europea de Derechos Humanos y el artículo 9<sup>º</sup> del mismo cuerpo legal. El primero de ellos garantiza el derecho a la libre asociación; el segundo, la libertad de conciencia y religión, y dentro de éstas, el derecho de las confesiones religiosas a operar libres de interferencia estatal.

El litigio, zanjado a favor de la Iglesia en las instancias superiores de la justicia rumana, llegó ante la Corte Europea, cuya Tercera Sección sentenció en 2012 que el derecho de los actores a formar su sindicato tenía prevalencia por sobre las normas internas de la Iglesia que lo prohibía. Este fallo a favor del sindicato llevó a que el Estado rumano apelara la decisión ante la Gran Sala de la Corte europea, llegando ésta a un veredicto favorable a los intereses del Estado rumano y de la Iglesia Ortodoxa de ese país en julio de 2013.

### 3.2. *Los hechos del caso*

En abril del año 2008, un grupo de laicos y sacerdotes de la Iglesia Ortodoxa Rumana de la Metrópolis de Oltenia (dependiente de la Archidiócesis de Craiova, al sudeste de Rumania) deciden formar el Sindicato del Buen Pastor para, como ya se mencionó, organizarse en defensa de sus intereses frente a la jerarquía eclesiástica y a las autoridades estatales competentes en materia religiosa.

La creación de esta unión encontró desde un primer momento oposición dentro de la Iglesia Ortodoxa Rumana, que si bien no prohíbe la existencia de este tipo de sindicatos dentro de su seno, requiere que para su conformación se cuente con

8. Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 11: «Libertad de reunión y de asociación: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado».

9. Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 9: «Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

autorización previa y expresa del ordinario del lugar<sup>10</sup>, de la cual el *Sindicatul «Păstorul cel Bun»* carecía. Asimismo, otro escollo surgía del hecho de que en el estatuto sindical se preveía la posibilidad de que esta organización actuara en defensa y/o representación de sus miembros ante las autoridades judiciales, para lo cual también se necesita una expresa autorización episcopal<sup>11</sup>.

A pesar de la oposición eclesiástica, la Corte de Primera Instancia de Craiova permitió, el 22 de mayo de 2008, la inscripción del sindicato, sosteniendo, entre otros argumentos, que la legislación rumana sobre asuntos religiosos aplicable al caso<sup>12</sup> supedita la posibilidad de las confesiones religiosas a autorregularse a la condición de que sus normas no colisionen con la Constitución<sup>13</sup> ni con las normas emanadas de los tratados internacionales suscritos por Rumania. Tampoco estas normas internas pueden afectar la seguridad, salubridad y moral públicas, así como tampoco derechos o garantías fundamentales<sup>14</sup>, encuadrando dentro de éstos el derecho de los trabajadores a organizarse en sindicatos para defender y promover sus intereses.

También la Corte de Primera Instancia hizo suya la posición que, en defensa de la constitución del sindicato, sostenían sus miembros al afirmar que existen dentro de la IOR numerosas instituciones conformadas por laicos y sacerdotes similares a la intentada por quienes impulsaban la creación del *Sindicatul «Păstorul cel Bun»* que han recibido reconocimiento tanto de la Iglesia como del Estado y que operan sin inconvenientes.

Otro importante argumento esgrimido por los miembros del sindicato proviene del hecho de que los sacerdotes y laicos ortodoxos con funciones eclesiásticas asignadas cobran todos los meses un «salario» que es pagado por la IOR con fondos aportados por el erario público sobre la base de previsiones presupuestarias hechas anualmente por la Iglesia. La IOR sostuvo en cambio que esos aportes responden no a una relación de dependencia laboral *stricto sensu*, sino que se hacen en función a satisfacer los requisitos de la Seguridad Social.

En este punto nos encontramos con uno de los principales –quizás el más importante– de los «problemas» que hacen este caso, que importa decidir si los sacerdotes y laicos con funciones eclesiásticas asignadas por la IOR son o no trabajadores en

10. Acorde al artículo 123 §§7, 8 y 9 del Estatuto de la Iglesia Ortodoxa Rumana los sacerdotes, diáconos o monjes pertenecientes a ésta no podrán, sin previa autorización del obispo bajo cuya autoridad sirven, «ser miembros o tomar parte en asociaciones, fundaciones y demás organizaciones de cualquier tipo».

11. Según el Estatuto de la Iglesia Ortodoxa Rumana, en su artículo 50, inciso e- los sacerdotes pertenecientes a esta organización deberán «representar a la parroquia a su cargo en los procesos judiciales en los que ésta sea parte y por ante las autoridades políticas o ante terceros, siempre que cuenten con el previo consentimiento –otorgado por escrito– del obispo del lugar». Esta autorización resulta necesaria incluso cuando el sacerdote participa en un litigio judicial a título personal o por motivos particulares (parte final del mencionado artículo 50, inciso e-).

12. *Religious Freedom Act* (Law 489/2006), en especial sus secciones 1, 5, 8, 10, 17, 23, 24 y 26.

13. *Religious Freedom Act* (Law 489/2006), sección 5.

14. *Ibidem*, anterior.

relación de dependencia con ésta. De tener esa condición –y a los ojos de parte de la justicia rumana y de la Tercera Sección de la CEDH la tenían–, la denegatoria del derecho a la organización sindical resultaría algo prácticamente impensable teniendo en cuenta la Constitución<sup>15</sup> y las leyes de Rumania<sup>16</sup> y los tratados<sup>17</sup> que este Estado firmó dentro del sistema europeo de derechos humanos.

Uno de los argumentos más fuertes de los sacerdotes ortodoxos litigantes a la hora de afirmar que el vínculo que los unía a la IOR era de índole laboral y, por lo tanto, sujeto a generar derechos tales como el de formar un sindicato provenía de las prácticas de la misma iglesia. Esto se debía a que desde el año 2004 y hasta 2011 –es decir, durante un lapso que abarcó el tiempo que duró el conflicto entre los actores y la Iglesia Ortodoxa– los sacerdotes pertenecientes a la Arquidiócesis de Oltenia se vincularon con ésta por medio de «contratos de trabajo» de «duración indefinida». En dichos contratos se estipulaban de manera clara y precisa las tareas a realizar por los sacerdotes y las obligaciones que éstos tenían respecto a la Iglesia Ortodoxa Rumania<sup>18</sup>. Esta modalidad de vinculación llegó a su fin en mayo de 2011 cuando, respondiendo a un planteo formulado por la IOR, el Ministerio de Trabajo de Rumania sostuvo que, a su criterio, no resultaban aplicables las prescripciones del Derecho Laboral rumano a las relaciones entre los sacerdotes y las congregaciones religiosas; de esta manera, y a partir de noviembre de 2011, los mencionados contratos fueron reemplazados por un nombramiento hecho directamente por el obispo.

Sin embargo, si bien la existencia de un contrato podría hacer creer que la posición de los sacerdotes accionantes era correcta, aplicándoseles a ellos la legislación laboral común, no debe perderse de vista que en esos contratos se establecía claramente dentro de las obligaciones de los sacerdotes la de «observar todas las previsiones del Estatuto de la Iglesia Ortodoxa Rumana, así como de todas las demás normas eclesiásticas y al juramento realizado al momento de ser ordenados», y que cualquier violación a estas normas daría lugar a la interposición de «procedimientos ante los cuerpos disciplinarios de la Iglesia», los cuales podrán imponer «diversas penalidades», incluyendo la posibilidad de separar al infractor de la Iglesia.

15. El artículo 40 de la Constitución rumana prescribe que los ciudadanos «gozan del derecho de formar partidos políticos, sindicatos, organizaciones de empleadores y demás formas de asociación».

16. La legislación sindical vigente al momento del conflicto era la *Trade Unions Act* del año 2003, reemplazada luego por la *Social Dialogue Act* (Ley n.º 62/2011), que establecía en su Sección 2.º que «Todo aquel que realice tareas en base a un contrato de trabajo, incluyendo a los empleados públicos, tendrá derecho a formar o unirse a un sindicato».

17. Principalmente el Convenio n.º 87 de la OIT, del año 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, ratificado por Rumania en 1957; la Recomendación OIT n.º 198 sobre relaciones de trabajo; la Carta Social Europea de 1999, en especial su artículo 5.º; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 12 §1; y la Directiva 2000/78/EC del Consejo de la Unión Europea.

18. Ver punto 42 del fallo.

Como bien marca la CEDH inmediatamente antes de pasar a resolver el caso<sup>19</sup>, los Estados signatarios de la Convención regulan de distinto modo las relaciones entre las confesiones religiosas y el Estado. De esta manera, la legislación de la mayoría de los Estados europeos no contiene definición alguna acerca de la naturaleza jurídica de la relación que vincula a las confesiones religiosas con sus ministros; en estos casos, puede haber o no una relación de tipo contractual, quedando esta elección en cabeza de cada credo, según la manera en que desee organizarse internamente. Un menor grupo de Estados, en cambio, sostiene que esas relaciones se enmarcan dentro de la legislación laboral, más allá de que los ministros de culto están sujetos a obligaciones distintas y a menudo más gravosas que los simples trabajadores, producto de la especial tarea que realizan. Finalmente, unos pocos Estados dejan al arbitrio de los tribunales civiles determinar si esta relación es o no de tipo contractual.

En cuanto a los sindicatos formados por ministros de culto, la Corte afirma que ningún Estado sujeto a la autoridad del Consejo de Europa prohíbe expresamente su constitución, y que incluso en algunos casos se los permite expresamente. Tal es así que en varios Estados –por ejemplo Austria, Finlandia, Francia, el Reino Unido, entre otros– existen tanto sindicatos de ministros de culto y sacerdotes, como asociaciones organizadas en defensa de sus intereses que pueden asimilarse a su concepto.

### 3.3. Las cuestiones a decidir y los argumentos de las partes ante la Gran Sala

El fallo decide acerca de dos cuestiones distintas. La primera versa sobre la supuesta violación por parte de Rumania del artículo 34<sup>20</sup> de la Convención Europea de Derechos Humanos, y del pedido de este Estado de desestimar la acción en virtud de la aplicación del artículo 35 segunda parte<sup>21</sup> del mismo cuerpo legal.

Esta cuestión se suscitó a raíz de que la parte demandada afirmaba que debido a cómo había variado la composición de la asociación actora desde que la demanda fuera interpuesta, la Corte estaría ante un planteo abarcado por el inciso a) de la segunda parte del artículo 35 de la Convención. En respuesta, los representantes de *Sindicatul «Păstorul cel Bun»* sostenían que esta modificación de ningún modo importaba

19. Punto 61 del fallo.

20. Convención Europea de Derechos Humanos, art. 34: «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

21. Convención Europea de Derechos Humanos, art. 35 §2: «El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual presentada en aplicación del artículo 34, cuando: a) sea anónima...».

una falta de interés de su parte en proseguir el litigio, sino todo lo contrario. Según la parte actora, el hecho de que en el camino hasta la Gran Sala muchos integrantes de la asociación hubieran renunciado a ella no se debía a la falta de voluntad de continuar en ella, sino a las presiones sufridas por parte de la IOR y el Estado rumano, tanto por medio de la prensa como por medio de sanciones disciplinarias eclesiásticas. De tener razón *Sindicatul «Păstorul cel Bun»*, la Corte se enfrentaría a una clara violación de la parte final del artículo 34 de la Convención.

La Gran Sala, luego de examinar con detenimiento el modo en que se habían sustanciado las actuaciones, llega a la conclusión de que Rumania no podía pedir que se desestimara la demanda sobre la base de su «interposición anónima», dado que esta defensa debió de haberla planteado con anterioridad ante la Tercera Sección de la Corte.

Respecto a la supuesta violación del artículo 34 de la Convención por parte del Estado rumano, la Gran Sala resuelve que *Sindicatul «Păstorul cel Bun»* no puede sostener que las alegadas presiones sufridas –tanto antes como después de la interposición de la demanda ante la Sala– puedan considerarse violatorias de su derecho a acudir ante la CEDH.

La otra cuestión a resolver por el fallo, y la más importante también, es si la prohibición de establecer un sindicato conformado por sacerdotes y laicos de la Iglesia Ortodoxa Rumana constituyó o no una violación al artículo 11.º de la Convención Europea de Derechos Humanos, o si aplicar a rajatabla los principios de esta norma implicaría afectar irremediablemente los derechos consagrados por el artículo 9.º de la mencionada carta.

Antes de entrar a analizar el fallo de la Gran Sala, resulta conveniente conocer los lineamientos fundamentales del fallo de la anterior instancia, favorable a los intereses del *Sindicatul «Păstorul cel Bun»*. Allí, el tribunal había sostenido que tanto sacerdotes como laicos asignados a tareas eclesiásticas por la Iglesia Ortodoxa Rumana revestían las siguientes tres condiciones básicas:

1. Habían firmado contratos de trabajo que los vinculaban con la IOR (en el caso de los sacerdotes).
2. Recibían un salario proveniente del erario público en base a previsiones presupuestarias realizadas por la Iglesia, en cumplimiento de prescripciones legales.
3. A raíz de su vínculo laboral recibían prestaciones de la Seguridad Social y estaban alcanzados por sus beneficios y cargas.

Analizando estos supuestos, la Tercera Sección llegó a la conclusión de que los sacerdotes y laicos al servicio de la Iglesia Ortodoxa en Rumania se encontraban vinculados a ésta por medio de las reglas propias del derecho laboral y, por lo tanto, resultaba aplicable el artículo 11.º de la Convención. Prohibir la creación del *Sindicatul*

«*Păstorul cel Bun*» implicaría para Rumania incurrir en una violación a la Convención Europea, y así lo sostuvo la Corte en su fallo del 31 de enero de 2012.

En apoyo de su postura, argumentó que los tribunales rumanos, al denegar la inscripción se basaron únicamente en argumentos de tipo religioso, al aplicar normativas eclesiásticas internas de la IOR –el Estatuto de la Iglesia Ortodoxa Rumana, que prohibía la creación de asociaciones sin previa autorización por parte del obispo– por sobre las normas tanto del derecho rumano –Constitución Nacional y leyes regulatorias de la libertad sindical– así como de las propias del ámbito europeo e internacional –Convención Europea de Derechos Humanos, Convenios de la OIT, Pacto Europeo de Derechos Sociales, etc.–. Esto, así realizado, implicaría a los ojos de la Cámara una clara violación al derecho de libre asociación que los sacerdotes y laicos rumanos, en tanto trabajadores, debían gozar.

Asimismo, la Sala sostuvo en su fallo que dado que no resultaba ajena a la IOR la existencia en su seno de asociaciones de laicos y sacerdotes –varias de ellas existentes y en funcionamiento al momento de intentarse la creación de la asociación promotora de esta acción–, la denegación por parte de las autoridades judiciales rumanas de la inscripción registral de *Sindicatul «Păstorul cel Bun»* resultaba tan drástica como desproporcionada.

Al apelar este decisorio ante la Gran Sala, el Estado rumano admitió que la denegación del registro constituyó una interferencia con el derecho a la libre asociación de los miembros de *Sindicatul «Păstorul cel Bun»*. Sin embargo, a renglón seguido, sostuvo que resultaba fundamental distinguir entre los sacerdotes y los laicos miembros de dicha asociación.

En la opinión de Rumania, los laicos que trabajen o cumplan funciones en relación a la Iglesia Ortodoxa Rumana están alcanzados por las previsiones del artículo 11.º de la Convención y tienen, por lo tanto, derecho a asociarse de la manera que mejor consideren que ayuda a proteger sus derechos. De hecho, sostuvo que la prohibición de organizarse sindicalmente solamente alcanzó a los sacerdotes, quedando los laicos sujetos a la protección de las leyes rumanas y a los instrumentos internacionales regulatorios de la materia sindical y laboral.

En cambio, a juicio del Estado rumano, no puede sostenerse que los sacerdotes pertenecientes a dicha congregación puedan invocar esa norma como fundamento para sindicalizarse. Esto se debe a lo expresamente establecido por el artículo 123 §8 del Estatuto de la IOR, respecto de la necesidad de contar con la previa autorización episcopal para conformar asociaciones sacerdotales.

Los sacerdotes ortodoxos –y los ministros de culto en general con respecto a las Iglesias a las cuales sirven– se encontrarían entonces unidos a su Iglesia por vínculos que exorbitan las relaciones propias del derecho laboral. Incluso se afirmó que, en el caso de los sacerdotes de la IOR, y debido a los juramentos asumidos al momento de su ordenación, el deber de lealtad y obediencia a su Iglesia –y por tanto a su normativa

interna— es tan grande que no puede afirmarse siquiera que exista un «derecho al disenso»<sup>22</sup>; aquellos sacerdotes que no se sintieran satisfechos con las normas eclesiásticas pueden abandonar la Iglesia, pero en tanto quisieran permanecer en comunión con ella, deberán acatar sus normas.

Por su parte, *Sindicatul «Păstorul cel Bun»* respondió a estos argumentos diciendo que, más allá de que la negativa a inscribir la asociación perseguía un fin en principio legítimo —precisamente, la protección de los intereses de la Iglesia Ortodoxa—, esta medida no resultaba razonable, al no ser un principio propio de un régimen democrático el sostenimiento por parte del Estado de la autonomía de las confesiones religiosas.

Según los actores, era menester marcar una diferencia entre las actividades «propia-mente religiosas» y las actividades «civiles y comerciales de la Iglesia Ortodoxa»; a su criterio, el estatus de los sacerdotes y laicos a su servicio caía dentro de esta segunda esfera y, entonces, se encontraban sujetos a las normas laborales del derecho común. *Sindicatul «Păstorul cel Bun»* no pretendía —alegaron sus miembros ante la Gran Sala— alterar de modo alguno los dogmas de la Iglesia o la organización y forma según la cual la IOR lleva a cabo sus actividades religiosas. Simplemente, sostenían, buscaban garantizar la protección de quienes desarrollan tareas dentro de la Iglesia. Admitió incluso la parte actora —según consta en el punto 92 del fallo de la Gran Sala— que si a raíz de su actividad sindical los sacerdotes decidieran, por ejemplo, realizar una huelga y no prestar sus tareas pastorales, su accionar quedaría sujeto a sanciones por parte de los órganos disciplinarios establecidos por el Estatuto de la Iglesia Ortodoxa.

Finalmente, el Estado rumano negó que la creación de una organización tal como *Sindicatul «Păstorul cel Bun»* pudiera resultar en algo inocuo para la organización eclesiástica de la Iglesia Ortodoxa, dado que el accionar de un sindicato de estas características generaría poco menos que una estructura normativa paralela en el seno de la Iglesia. El reconocimiento estatal de un sindicato de sacerdotes daría lugar a la creación de una especie de cogobierno y de gestión conjunta dentro de la Iglesia Ortodoxa, lo cual inevitablemente generaría un conflicto con las autoridades eclesiásticas, llevando al Estado rumano a incumplir su deber constitucional de neutralidad e imparcialidad frente a las confesiones religiosas.

El Estado rumano sostuvo entonces el argumento esgrimido originalmente por la Iglesia Ortodoxa, al afirmar que autorizar la creación de un sindicato como el cuestionado aquí hubiera importado una intromisión innecesaria e ilegítima en el gobierno de una confesión religiosa, violando tanto la Constitución Nacional de la República de Rumania como la Convención Europea de Derechos Humanos.

22. Ver punto 106 del fallo.

### 3.4. El fallo de la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos

La Gran Sala decidió, antes de emitir su fallo sobre el caso en concreto, establecer una serie de principios generales aplicables a la materia y, para eso, primero analizó en detalle dos cuestiones:

- El derecho a formar sindicatos.
- La autonomía de las organizaciones religiosas.

Respecto del primero de los puntos, la Gran Sala de la CEDH no duda en afirmar en primer lugar que la organización de sindicatos es uno de los presupuestos primordiales en orden a generar un correcto «diálogo social» entre trabajadores y empleadores.

En este sentido, el artículo 11.º de la Convención Europea de Derechos Humanos establece la libertad sindical como uno de los elementos característicos del derecho a la libre asociación. Según la Corte, lo que la Convención exige es que dentro del marco de la legislación nacional de cada Estado los sindicatos deberían tener la posibilidad –de acuerdo con lo establecido por el artículo 11.º– de luchar por la protección de los intereses de sus miembros libres de interferencia estatal.

En cuanto a lo relativo a la autonomía de las congregaciones religiosas, la Corte sostiene que las mismas siempre han existido, y que generalmente lo han hecho en forma organizada y estructurada. Y que siempre que esta organización esté en riesgo, el artículo 9.º de la Convención debe interpretarse a la luz del artículo 11.º, que pretende salvaguardar a las asociaciones frente a las obstrucciones que pueda plantear el Estado en su contra. Desde esta perspectiva, el derecho de los fieles a la libertad de creencia está necesariamente balanceado con la legítima expectativa de que la comunidad religiosa podrá funcionar libre de intervenciones arbitrarias del Estado.

Esto conlleva prohibir que el Estado pueda obligar a las organizaciones religiosas a admitir en su seno a nuevos miembros, o a excluir a los presentes. Del mismo modo, el artículo 9.º tampoco garantiza la existencia del llamado «derecho al disenso» dentro de una organización religiosa; por lo tanto, ante una diferencia de opiniones respecto de la doctrina o modo de organizarse de un credo, el disidente puede ejercer su derecho a la libertad religiosa abandonando libremente la organización.

Una vez realizadas estas consideraciones generales, la Corte se abocó a estudiar la aplicación al caso concreto de estos principios, buscando una interpretación armónica de ambos.

Como punto de partida, la Gran Sala estudió si los miembros de «*Păstorul cel Bun*» tenían derecho o no a la protección en los términos del artículo 11 de la Convención, es decir, si revestían o no la condición de «trabajadores». Para esto, la Corte decidió descartar el argumento del Estado rumano acerca de que dada la especialidad de las tareas desarrolladas por los sacerdotes ortodoxos, éstos se hallaban fuera de las previsiones ordinarias del derecho común. No siendo realmente una competencia propia

de la Corte zanjar en un sentido u otro la discusión entre los miembros del sindicato y las autoridades eclesiásticas sobre cuál era la naturaleza exacta de las labores realizadas por los sacerdotes, se ocupó únicamente de definir si en el caso concreto había o no una relación de trabajo.

Basándose en antecedentes jurisprudenciales<sup>23</sup> y en normativa europea<sup>24</sup> e internacional<sup>25</sup>, llegó a la conclusión de que sin lugar a dudas éstos revestían el carácter de trabajadores. Esta interpretación aparecía como la más razonable, dado que los sacerdotes desarrollaban sus tareas de un modo similar al empleado por cualquier trabajador: cumpliendo horarios e instrucciones emitidas por un superior jerárquico –obispo–, recibiendo por sus tareas una remuneración, pagando impuestos y teniendo derecho a los beneficios de la Seguridad Social –jubilaciones, pensiones, seguro de desempleo, etc.–, entre otras varias condiciones.

Ahora bien, es innegable que más allá de que por el tipo de tarea desarrollada por los sacerdotes éstos podían ser caracterizados como trabajadores, el carácter espiritual y religioso de su trabajo los distinguía particularmente. El trabajo de un ministro de culto no es asimilable al de cualquier operario, dado que se desarrolla en el marco del accionar de una confesión religiosa, que disfruta de una autonomía organizacional y funcional reconocida por la normativa europea e internacional –y en el caso concreto, también a nivel interno por el derecho rumano–.

Es por eso que la Gran Sala, habiendo definido que los sacerdotes ortodoxos rumanos debían ser considerados trabajadores amparados por el derecho a la libre asociación sindical reconocido por el artículo 11.º de la Convención Europea de Derechos Humanos, debió luego analizar si existía algún motivo por el cual pudiera limitarse esta cobertura.

Para ello, la Corte realizó un análisis detallado de los dos párrafos del artículo 11.º. El primero, recordó, reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización como una especie particular del derecho a la libre asociación. Y el segundo, que permite a las autoridades nacionales excluir del mencionado derecho a determinados grupos con base en «restricciones legales» impuestas en aras de salvaguardar bienes jurídicos tales como la «seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos».

En el presente caso, a juicio de la Gran Sala, se pudo constatar que existió, por parte de Rumania, un accionar –la denegación de la inscripción como sindicato– que actuando contra un grupo de ciudadanos –los integrantes de «*Păstorul cel Bun*»– importó ciertamente una interferencia estatal al derecho de estos últimos de asociarse

23. *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], n.º 34503/97, §§ 109 and 110, ECHR 2008.

24. Consejo de la Unión Europea, Directiva 78/2000/EC.

25. Recomendaciones n.º 198 y n.º 87 de la OIT.

sindicalmente en los términos del artículo 11.º de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Esa interferencia resultaría indebida y violatoria de la Convención salvo en el supuesto de que pudiera interpretarse que se realizó al amparo de la segunda parte del artículo 11.º. Es decir, que la interferencia estatal fue realizada en cumplimiento de «prescripciones legales», que perseguía uno o más fines legítimos y que llevarla a cabo resultaba «necesario» en el marco de una «sociedad democrática».

Ante la Corte, ambas partes sostuvieron que la mencionada «interferencia» operó en función de observar Rumania que la constitución de «*Păstorul cel Bun*» resultaba incompatible con el Estatuto de la Iglesia Ortodoxa Rumana. Sin embargo, el Estado y los actores diferían en cuanto a si el mencionado Estatuto poseía o no el carácter de «ley», necesario para poder considerarse un límite al derecho de los actores a ampararse en el artículo 11.º. «*Păstorul cel Bun*» afirmaba que al carecer el Estatuto de carácter de ley en sentido formal, no reunía los requisitos del artículo 11.º segunda parte; Rumania, por su parte, sostenía que al haber sido el Estatuto aprobado por una ordenanza gubernamental, éste era parte del ordenamiento jurídico rumano y, por tanto, observable por las autoridades estatales.

Ante esta situación, la Gran Sala afirmó que, al afirmar el artículo 11.º que las únicas restricciones posibles pueden ser las «previstas por la ley», no se refiere a que sea necesaria una ley en sentido formal, sino que lo hace en un sentido amplio del término. Sí afirma la Corte que lo que resulta indispensable es que la ley en cuestión tenga tal carácter que resulte susceptible de ser conocida por las personas afectadas por ella.

En el caso de Rumania, como ya se ha dicho, no existía ningún tipo de norma –ya sea del derecho constitucional, laboral o eclesiástico del Estado– que prohibiera a los sacerdotes ortodoxos conformar un sindicato. Simplemente el Estatuto de la IOR supeditaba tal derecho al previo consentimiento y autorización del arzobispo de cada lugar. Y esta prescripción estatutaria no podía ser ignorada por quienes pretendieron constituir «*Păstorul cel Bun*», siendo que eran miembros de la Iglesia Ortodoxa y como tales conocían las normas estatutarias que la rigen.

Por estos motivos, la Gran Sala llegó a la decisión de que el accionar estatal que impidió la inscripción de «*Păstorul cel Bun*» no debió considerarse como una violación al artículo 11.º, primera parte, en tanto operó como consecuencia de una prescripción legal, independientemente del carácter de «legislación secundaria» que podría atribuirse al Estatuto en cuestión por no ser éste una ley en sentido formal. Esta interpretación es de vital importancia porque, en este contexto, el reconocimiento que el Estado brindó al Estatuto organizativo de la Iglesia Ortodoxa Rumana importó colocar a esas normas como parte del ordenamiento jurídico rumano, haciéndolas observables por las autoridades estatales.

Habiendo establecido que la denegación del registro con base en las normas emanadas del Estatuto de la Iglesia Ortodoxa no constituyó una intervención arbitraria del

Estado en el libre ejercicio del derecho de asociación de los miembros de «*Păstorul cel Bun*», pues tuvo base legal y un fin legítimo –preservar la autonomía de la Iglesia en cuanto a su forma de gobernar sus asuntos internos libre de injerencia estatal o de terceros–, solo restaba dilucidar si ese accionar resultaba «necesario en una sociedad democrática».

En este aspecto, la Gran Sala definió que corresponde a los tribunales nacionales asegurar una correcta y armónica puesta en práctica de los derechos reconocidos por las leyes y por la Convención. Es, por lo tanto, deber de los poderes públicos de cada Estado velar por que –en un caso como el presente– la libertad de asociación no colisione con el derecho de las confesiones religiosas a gozar de autonomía frente al Estado.

Por estos motivos es que la corte afirmó que:

En lo que respecta a una interferencia con el derecho a la libre asociación, surge del artículo 9.º de la Convención que las comunidades religiosas tienen derecho a decidir por sí mismas acerca de aquellas actividades desarrolladas colectivamente por sus miembros que puedan de alguna manera limitar su autonomía, y esa decisión debe ser, en principio, respetada por las autoridades públicas<sup>26</sup>.

(...) Más allá de que el Estado generalmente goce de un amplio margen de apreciación al decidir en casos como el presente, donde se procura alcanzar un equilibrio entre dos derechos emanados de la Convención (...) el resultado final no debería variar demasiado según si el conflicto llegó a conocimiento de la Corte Europea con base en el artículo 11.º de la Convención, a pedido de quien alegue que su libertad de asociación fue injustamente restringida, o según los artículos 9.º y 11.º, a instancias de una comunidad religiosa que afirme que su derecho a la autonomía fue quebrantado<sup>27</sup>.

Sentadas esas bases, la Corte recordó que el tema central a decidir aquí versa sobre el no reconocimiento por parte del Estado del sindicato litigante. Y que durante los distintos procesos judiciales llevados a cabo ante jurisdicción rumana, la Arquidiócesis de Craiova sostuvo reiteradamente que los fines propuestos en el estatuto sindical eran incompatibles respecto de los deberes propios de los sacerdotes ortodoxos; deberes que habían sido aceptados por ellos en virtud de su ministerio eclesiástico y de su voto de obediencia hacia el arzobispo. Según la arquidiócesis –y como ya se ha remarcado–, insertar dentro de la estructura de la Iglesia Ortodoxa Rumana una nueva institución del tipo de la que «*Păstorul cel Bun*» pretendía ser hubiera implicado una seria limitación al derecho de esta iglesia a preservar su estructura jerárquica tradicional, vulnerando así el Estado –al reconocer a «*Păstorul cel Bun*»– su autonomía religiosa, amparada en los artículos 9.º y 11.º de la Convención.

26. Ver punto 159 del fallo.

27. Ver punto 160 del fallo.

Habiendo considerado estos argumentos, la Corte afirmó que la decisión de los tribunales rumanos de denegar la inscripción sindical a «*Păstorul cel Bun*» resultó razonable, dado que si hubieran actuado en otro sentido habrían puesto seriamente en riesgo la autonomía de la Iglesia Ortodoxa Rumana.

Fundamentó esta decisión la Corte en función de que el principio de la autonomía es la «piedra basal»<sup>28</sup> de las relaciones entre Rumania y las diversas confesiones religiosas presentes en su territorio. Todas las denominaciones religiosas tienen derecho a autorregularse respecto de su funcionamiento interno y son por lo tanto libres de tomar sus propias decisiones acerca de su modo de operar, de incorporar nuevos miembros o de regular las relaciones con sus ministros.

Sin perder de vista lo antedicho, la Corte adoptó como válidos los argumentos vertidos por el Estado rumano, en tanto afirmó que los miembros de la Iglesia Ortodoxa Rumana –incluyendo a los sacerdotes que conformaron «*Păstorul cel Bun*»– desarrollan sus tareas como consecuencia de su ministerio eclesiástico, sus votos de obediencia al arzobispo y las indicaciones impartidas por éste, resulta claro que la IOR decidió no incorporar en su Estatuto las normativas propias del derecho laboral que se discuten en este caso. Y esta decisión fue avalada por el Estado al aprobar éste por medio de una ordenanza el Estatuto de la Iglesia Ortodoxa.

Es por esto que –según el criterio de la Gran Sala– no puede considerarse que la decisión judicial de denegar el registro sindical a los actores haya sido irrazonable, si se tiene en cuenta la necesidad del Estado rumano de defender la autonomía de las organizaciones religiosas.

Al respecto de este asunto, la Corte creyó oportuno emitir una serie de consideraciones acerca de cuál debe ser el rol del Estado ante las comunidades religiosas y la fe organizada, que resulta oportuno transcribir aquí:

[S]e ha sostenido con frecuencia acerca del rol del Estado como organizador neutral e imparcial de la práctica de las religiones, fe y creencias, y se ha afirmado que este rol es tendiente a fomentar el orden público, la armonía entre las diversas creencias y la tolerancia necesaria en una sociedad democrática. (...) Esta es una posición que no puede más que confirmarse en el presente caso. El respeto de la autonomía de las organizaciones religiosas reconocidas por el Estado implica, en particular, que el Estado debe aceptar el derecho de esas comunidades a reaccionar, de acuerdo con sus propias reglas e intereses, ante cualquier movimiento disidente que emerja en su seno y que pueda representar un riesgo para su cohesión interna, su imagen o su unidad. No es por lo tanto tarea de las autoridades nacionales actuar como árbitro entre las comunidades religiosas y las diversas facciones disidentes que existan o puedan existir dentro de ellas<sup>29</sup>.

28. Ver punto 163 del fallo.

29. Ver punto 165 del fallo.

Teniendo en cuenta estos argumentos, la Gran Sala manifestó compartir los argumentos de Rumania, en tanto la denegación del registro como sindicato a «*Păstorul cel Bun*» consistió simplemente en la negativa por parte del Estado en verse entrometido en materias relativas a la organización y operación de la Iglesia Ortodoxa Rumana, observando así lo prescripto por el artículo 9.º de la Convención. Los tribunales rumanos que se opusieron a otorgar a la organización litigante el carácter de sindicato lo hicieron al notar que este pedido no resultaba congruente con los requerimientos del Estatuto de la Iglesia Ortodoxa Rumana, ya que los miembros de «*Păstorul cel Bun*» no habían llevado a cabo los procedimientos previos necesarios para solicitar la creación de su asociación y el posterior reconocimiento estatal. Al tomar esta postura, esos tribunales no hicieron sino aplicación del principio de autonomía de las comunidades religiosas.

Al requerir los tribunales rumanos a los miembros de «*Păstorul cel Bun*» explicaciones de por qué no habían cumplido con el procedimiento indicado por el Estatuto acerca de los pasos a seguir para la constitución de una asociación, éstos no fueron capaces de justificar fehacientemente su accionar. En cambio, la Arquidiócesis de Craiova sostenidamente aportó argumentos según los cuales la creación de un sindicato como el cuestionado hubiera importado un reemplazo de los órganos deliberativos y consultivos de la Iglesia Ortodoxa Rumana por un nuevo y extraño cuerpo, el cual no estaría unido a ella ni por la tradición ni por el derecho canónico.

Finalmente, la Corte recordó que existiendo en Europa muy diversos modelos constitucionales respecto de la regulación de las relaciones Iglesia-Estado, es posible afirmar que el Estado goza de un amplio margen de apreciación dentro de esta esfera según cuál sea el modelo adoptado. Queda entonces dentro del marco del actuar discrecional de cada Estado decidir –de acuerdo con su legislación en materia eclesiástica– si es posible o no otorgar reconocimiento a sindicatos que pretendan operar dentro de las comunidades religiosas, persiguiendo fines que puedan eventualmente poner en riesgo su autonomía.

#### 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Estamos en presencia de dos fallos dictados uno a fines de 2012 y otro a comienzo de 2013 que tienen varios puntos en común. Se trataba de casos donde se discutían conflictos entre comunidades religiosas y sus ministros. Ambos casos presentaban situaciones jurídicamente muy discutibles y opinables, que fueron resueltas por los tribunales dando primacía y privilegiando el principio de autonomía de las entidades religiosas, particularmente en lo referente a las relaciones entre ellas y sus ministros.

Ambos tribunales reconocieron que las leyes laborales generales y los derechos humanos relativos a los trabajadores no podían ser aplicados sin más a las relaciones

entre los ministros y sus comunidades religiosas. El fenómeno religioso reclama una cierta modalización y adaptación de los principios generales a la específica realidad del fenómeno religioso en su dimensión social.

En el caso resuelto por la Corte norteamericana, ésta determina que, más allá de la arbitrariedad o no de la decisión adoptada en torno al despido, no era procedente la aplicación al caso de las leyes laborales sobre despido arbitrario y/o discriminatorio vigente en el país. Existe en esta materia una «excepción ministerial» que impide esa aplicación directa e inmediata y el tribunal privilegia la no intromisión de las autoridades públicas en los conflictos que se suscitan entre las Iglesias y sus ministros. El dique de separación entre autoridades civiles y religiosas impide que las primeras se entrometan en las cuestiones propias de las últimas. Es muy interesante la mención a que, ej., no podría considerarse discriminatorio y contrario al derecho a la igualdad el que la ordenación sacerdotal esté reservada en la Iglesia Católica sólo a los varones. Este respeto a la esfera propia del fenómeno religioso viene, a criterio del máximo tribunal norteamericano, exigida constitucionalmente.

En el fallo dictado por la Gran Sala de la CEDH, se considera que los sacerdotes de la Iglesia Ortodoxa Rumana no gozan, en virtud del particular vínculo que los une a ella, del derecho de asociación sindical con el mismo alcance que los trabajadores comunes. Las peculiaridades del fenómeno religioso y la autonomía propia de las organizaciones religiosas requieren de una modalización del ejercicio de ese derecho para adaptarlo a la realidad concreta y situada en la cual opera. El derecho de asociación gremial e incluso el propio principio de legalidad en la regulación de los derechos humanos se reelaboran de cara a su aplicación a la solución de este caso concreto relativo al fenómeno eclesial.

En la resolución de ambos fallos subyace una concepción pluralista de la sociedad democrática, con un reconocimiento de las distintas realidades que la conforman, muy especialmente de los grupos religiosos que en ella habitan. El respeto a esta dimensión social propia de la libertad religiosa forma parte de la complejidad de la realidad social y cultural de nuestros días, crea espacios de libertad y propicia una convivencia armónica y pacífica entre las autoridades civiles y religiosas en bien de la persona humana y de la sociedad en su conjunto.

# Ética y Política en los laberintos de la postmodernidad

**Víctor Alarcón Olguín<sup>1</sup>**

Fecha de recepción: septiembre de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 11 de noviembre de 2013

## Resumen

En este ensayo se discuten tres dimensiones normativas de la relación entre la ética y la política. Particularmente, se revisan el papel del cuerpo, el discurso y la memoria, en tanto manifestaciones concretas de los desafíos que obligan a los seres humanos a valorar su naturaleza, su práctica y su evolución sociales.

**Palabras clave:** Ética, Política, Cuerpo, Discurso, Memoria.

## Abstract

*This essay discusses three normative dimensions existing between ethics and politics. Particularly, the role played by the body, the discourse and the memory is herein revised as concrete expressions of the challenges that oblige human beings to value their social nature, practices, and evolution as well.*

**Key words:** *Ethics, Politics, Body, Discourse, Memory.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta reflexión es discutir acerca de los nuevos confines de la ética y su influencia dentro del ámbito de aplicación de la política. Teniendo dicho propósito en perspectiva, se planteará su relación bajo tres horizontes reflexivos como lo son el naturalismo, el pragmatismo y el evolucionismo social. Cada una de estas posibilidades de acercamiento analítico respecto al carácter de la acción y a los motivos que dirigen las decisiones de los gobiernos sobre los individuos se definen así como los referentes axiológicos que intentan asir la realidad política circundante bajo el contexto actual de la postmodernidad.

Bajo dicha consideración, puede afirmarse que el siglo XX abrió tres importantes expresiones que orientan el quehacer ético y su perseverancia por mantenerse en contacto con la política: me refiero a los aportes abiertos por el cuerpo, el discurso y la memoria, ejemplos concretos de las corrientes epistemológicas ya previamente mencionadas. El cuerpo acontece y se descubre de manera natural, el discurso se ampara bajo el manto del objetivo mutable y contextual del pragmatismo con que uno se intenta adaptar dentro del entorno social, mientras que la memoria representa el lento devenir evolutivo con que la mentalidad se desplaza y a la vez pretende conservarse ante el paso del tiempo.

Contrario a una noción técnica o aséptica de la política, misma que intenta desprenderse de las consideraciones de tipo moral, aquí se propone plantear que existe la necesidad por reedificar la política como un ejercicio de las virtudes públicas, el bienestar común y la felicidad, en tanto centro de gravedad de los seres humanos. Esto es importante si se pretende, como lo propone acertadamente Avishai Margalit, de que vivamos en una sociedad decente (MARGALIT, 1997).

Sin duda, éste no es un pensamiento atractivo en una época donde el elogio al cinismo y al ocultamiento extremos resulta una actitud más rentable ante los medios de comunicación; pero es imperativo emitirlo y escribirlo, debido a que las voces y los espacios de la esfera pública no siempre son receptivos ante la contundencia del deseo de millones de personas que desean estar en un mundo más seguro y que pueda estar alejado de las estridencias de los escándalos y la corrupción con la que actualmente ha venido a vincularse la actividad política (RECALDE, 1995; GARZÓN VALDÉS, 2004).

En el contexto de la postmodernidad, si bien estamos enfrascados en ampliar la conciencia política con temáticas crecientemente complejas como los derechos humanos, el pacifismo antinuclear, el medio ambiente y el uso responsable de la tecnología y el genoma humano, o la construcción cívica de instituciones deliberativas y democráticas (FÉHER y HELLER, 1989 y 1995), dicha situación también ha propiciado que muchos pensadores hayan vuelto la vista hacia los fundamentos espirituales de la convivencia en los terrenos de la metafísica y la religión, con la idea de que éstas pueden definir las acciones de regulación ética que permitan regresar al orden social y político perdidos (PANIKKAR, 1999).

Esto no sería grave en un principio. Sin embargo, el curso reciente observado en las alas conservadoras de las grandes religiones como el judaísmo, el catolicismo y el islamismo nos ha mostrado que la polarización de los conflictos está desplazándose hacia un eje extremadamente complicado en su manejo, como lo son los agravios étnico-culturales y los sentimientos patriótico-populistas. Resulta paradójico que sigamos siendo incapaces de hacer descansar dignamente a nuestros muertos y peleas de hace mil, quinientos o cien años, con lo cual seguimos estando alejados de la capacidad de la convivencia (BENHABIB, 2006).

El retorno de las ideologías místicas y mesiánicas que inducen a la autorrepresión y a la intolerancia frente a los demás se ha abierto camino entre masas atrapadas por el desempleo, la exclusión, la xenofobia, la ignorancia y la pobreza. Ello describe cuestiones a las que correctamente Zygmunt BAUMAN ha calificado como los «nuevos holocaustos» presentes dentro de una modernidad ambivalente que no logra mantener sus compromisos originales de lograr el bienestar general mediante el ejercicio de la política (BAUMAN, 2005a).

La política actual se debate entonces acerca de cómo seguir sosteniendo en buena parte de los espacios territorialmente influenciados por la cultura del Occidente moderno la presencia de una ética laica que se mantenga alejada de las polarizaciones ideológicas o religiosas con las que se ha confundido dicha búsqueda por la certidumbre. Parafraseando el clásico texto de Octavio Paz, el carácter de la modernidad se debate entonces en torno a la búsqueda de la salida que le permita escapar de su laberinto.

Las entidades como el Estado, el mercado y la sociedad civil, como contextos generales de lo político, han venido a ser transformadas por los impactos de una fragmentación y una simplificación conceptuales que han obligado a la emisión de importantes demandas que reaccionan con el propósito de proteger el papel de las naciones y las tradiciones. Curiosamente, nos vemos inmersos en una era de revoluciones oscurantistas y conservadoras que desean resistirse a una globalidad cuyos resultados no han traído la democracia, las libertades o la igualdad prometidas con la acción del Estado y el mercado. Nos vemos atrapados entonces bajo el yugo del péndulo de una modernidad fracasada que precisamente crece en su resistencia ya que no sólo se escenifica desde los espacios periféricos, sino en los grandes territorios del desarrollo (HABERMAS, 2006).

Sin embargo, esta situación involutiva representa un problema conceptual muy significativo, ya que el proteccionismo cultural está orientándose hacia extremos poco convenientes en la preservación de las bases mismas de las libertades humanas, como lo son la expresión, la creencia y la asociación. En este aspecto, una ciudadanía amordazada o que no termina por florecer en muchas partes del orbe nos refleja el nivel de las dificultades que subsisten para propiciar el libre flujo de ideas y la extensión de los derechos básicos dentro de un entorno institucional democrático (BENHABIB, 2005).

En consecuencia, el debate entre universalismo y pluralismo ya no es sinónimo de una polémica entre opciones buenas o malas, sino que estamos en una discusión sobre cuál debe ser el balance de libertades y compromisos que puedan conducirnos hacia las nociones de razón y justicia que puedan ser aplicadas desde gobiernos legítimos e incluyentes, a efecto de ser capaces de reducir los riesgos que nos ofrece en estos momentos un entorno global sin demasiadas reglas. Es claro que debemos proponernos la fijación de nuevos contextos de actividad que expresen una condensación clara de lo que significa formar parte de una civilización responsable, respetuosa y capaz de reconocerse a sí misma dentro de códigos y prácticas aceptables (ARNSPERGER y VAN PARIJS, 2002).

Como bien lo definen los trabajos de Ulrich BECK, debemos plantearnos las bases de ir al encuentro con las otras modernidades que se han venido incubando dentro y fuera del horizonte finisecular de Occidente. Sólo así podemos ver el desarrollo de una postmodernidad que sea capaz de reflexionar en forma ética y que traduzca su quehacer en un ejercicio político responsable, y que a la vez pueda lidiar con las demandas que implican justamente la preservación de los derechos y libertades del cuerpo, el discurso y la memoria (BECK, 1999).

## 2. ¿ÉTICA Y/O POLÍTICA?

Siguiendo la propuesta elaborada por Norberto BOBBIO, la ética y la política han generado la idea de dos tipos de dualismo: uno que coloca ambos conceptos bajo una franca oposición que termina por crear una condición monista (esto es, que la ética y la política deben subordinarse una a la otra); mientras que la segunda concepción dualista define una distinción que simplemente los ubica en términos de ser sólo momentos de un mismo curso de acción, y, por ende, su naturaleza opositora es aparente, en tanto se necesitan y complementan mutuamente (BOBBIO, 1984).

La oposición de tipo real y que conduce a la postura del monismo es la que ha estado mayor tiempo vigente entre la ética y la política, en tanto postulan principios absolutos de alcance universalista y colectivo. En este sentido, el llamado a la legitimidad en condiciones de justificación fáctica o legal orilla la invocación de argumentos tales como la «situación de necesidad extrema», la «seguridad nacional» o el uso de la «Razón de Estado» (RAZ, 2001).

Esta situación ha terminado por alejar a la ética y la política respecto al planteamiento que defiende la existencia de un binomio de la moral y la acción práctica, cuya concreción se encuentra marcada por las situaciones e individualidades concretas sustentadas en el «empoderamiento» creciente de las comunidades y los ciudadanos, en términos que puedan ejercer una mayor capacidad en la toma de decisiones locales y su protección a la privacidad, además de incrementar sus facultades de fiscalización,

derecho a la información y rendición de cuentas respecto a las acciones de los gobernantes (RENAUT, 1998).

Estas diversas medidas de moral, las cuales atraviesan a los estratos de la sociedad, adquieren una particular aplicación en el caso de la ética política y la moral de los individuos, en tanto la existencia creciente de criterios plurales impide la posibilidad de una lectura única del derecho y de las obligaciones cívicas, lanzándonos así dentro de un mundo de certezas volátiles y pugnas culturales continuas. En este caso, se puede constatar el choque que regularmente ocasiona la reducción de los estilos de vida que prevalecen bajo formas dinámicas y espontáneas dentro de los rígidos controles jurídicos en que se llega a convertir la vida administrada.

Sin embargo, los casos aquí expresados implican una dinámica unilateral de tipo monista, en donde la autoridad de los actos políticos y legales pretende seguir quedando en las manos absolutas del gobierno y el mercado, los cuales de manera directa deciden sobre la aplicación de las normas sin ningún tipo de mecanismo deliberativo o de consentimiento.

¿Cuál es entonces el sentido direccional y de certeza que podemos dar hoy a una interrelación donde la política carece de un centro de ideales definido? La preeminencia de un realismo político basado en el falso prurito legalista que pretende diferenciar las agresiones directas respecto de las guerras humanitarias o preventivas (grotescos eufemismos que fueron acuñados en los años noventa y que en nada eliminan el hecho incontrovertible de que prevalece el imperio de la violencia por encima de la ley) nos sigue ofreciendo un horizonte que testimonia la incapacidad de construir un orden internacional que pueda escapar de los conflictos del subdesarrollo y la inequidad en la distribución global de la riqueza, cuestión que fuera el pretexto de la disputa entre el comunismo y el capitalismo (KÜNG, 2000).

La disminución del Estado y la irrupción de los mercados abiertos ha provocado un entorno de complejidades y caos que carece de reglas adecuadas. Mercados abiertos al capital, mas no así para los trabajadores que deberían poder migrar en condiciones más dignas. Estamos ante una sociedad de la información y del conocimiento que se desplaza acorde con los veloces descubrimientos de la computación y la biotecnología, pero que paradójicamente mantiene la puerta cerrada al libre acceso de las patentes y la investigación, mismas que podrían reducir el impacto de las pandemias de orden global, sin mencionar las posibilidades que estos desarrollos generarían para mejorar los niveles educativos de la humanidad.

Como puede advertirse, el mundo surgido después de 1989 (aunque otros más recientemente lo vinculan al 11-S/2001) es uno donde los Estados Unidos han intentado infructuosamente asumir un papel de hegemonía unipolar, desatendiendo justamente todo el proceso ético de convivencia económica y política que se sustenta en los postulados mismos de la teoría democrática y el pluralismo surgidos de las organizaciones de corresponsabilidad mundial de la segunda mitad del siglo XX, como lo

representa el caso del sistema de la ONU, donde uno de los críticos más agudos en el tema ha sido Michael WALZER (2001).

Ante este escenario nada promisorio, el clamor prevaleciente es que hay que dirigirnos hacia una ética fuerte como orientadora prescriptiva de la política. Una ética comprometida que conduzca en todo momento a un comportamiento transparente ante la opinión pública. La sustancia de la ética es diversa, y ciertamente puede variar dentro de los distintos pueblos, pero es claro que se debe partir de ciertos principios esenciales, como el de no causar daño voluntario a los valores o creencias de los demás.

Es por ello que la política como medio de asignación y retribución de los bienes debe estar acorde a los principios que le orienten precisamente hacia la aceptación de los deberes y obligaciones de un gobierno que rinda resultados ante los ciudadanos, sobre todo de cara a la expectativa de mantener el poder. Resulta indudable que estamos ante el peligro de terminar por destruir los últimos espacios de la convivencia pública.

Los medios de comunicación configuran distorsiones que están subordinando al ejercicio de la acción colectiva y la democracia. Aparentar y esquivar en una suerte de «insularismo» que trata de preservar los intereses de grupo es una actitud cada vez más común para defender la esencia de los principios y los intereses de unos cuantos, pero dista mucho de generar sentido de confianza y comunidad identitaria en una dimensión planetaria.

Por ejemplo, aquí se podría aludir nuevamente a los trabajos de Zygmunt BAUMAN, cuando éste nos habla de las condiciones permanentes de la asimetría y la diferenciación que se dan dentro de las relaciones interpersonales, las cuales renuncian de entrada a la posibilidad de convivir en terrenos que no estén expresamente relacionados con sus necesidades reproductivas de tipo cultural, de representación política o de naturaleza económica (BAUMAN, 2003 y 2005b).

La disyuntiva ética/política se mantendría entonces dentro de un ámbito que confronta intereses y valores, pero deja marginadas a las propias personas en sus dimensiones más cotidianas: ¿Cómo ejercemos nuestras manifestaciones más inherentes como lo son los sentimientos y las actitudes sin estar presionados por mecánicas de consumo y propaganda? ¿Qué determina cómo debemos amar o aceptar el alcance de las «buenas costumbres» en el momento actual? ¿Qué permite asumirnos como personas racionales y libres que pueden tomar las decisiones adecuadas en torno al control de nuestros placeres y pensamientos sin asumir que estamos siendo hostigados o coaccionados en aras de seguir siendo «aceptados» dentro de una comunidad dada? ¿Qué nos mantiene adheridos a una herencia histórico-cultural que justamente se mueve en los contextos de situaciones tan específicas como la vestimenta, el habla o la interacción vecinal?

Para dar respuesta a las interrogantes planteadas, se tratará de revisar el impacto que poseen el cuerpo, el discurso y la memoria, en tanto manifestaciones de lo que

acertadamente Michel Foucault denominó expresiones de la «gubernamentalidad» y la «microfísica del poder». Esto es, los procesos en los cuales se ha venido a gobernar la mentalidad colectiva hasta en las actitudes más íntimas del quehacer humano (FOUCAULT, 2005). Al referirnos a estos puntos, se pretende considerar aquellas posibilidades analíticas que permitan acercarnos a una reconexión plausible entre la ética y la política.

### 3. ÉTICA POLÍTICA DEL CUERPO

Una de las preocupaciones centrales de la política se ha abierto hacia el terreno del cuerpo y las opciones para crear un equilibrio entre géneros y preferencias sexuales. La distorsión del amor y lo políticamente correcto para no ofender la integridad personal también forman parte de este eje temático. Igualmente, nos encontramos ante la estéril insistencia de mantener la presencia de un poder represivo que condene toda expresión alternativa de la intimidad, evitando así su potencial politización.

Millones de seres humanos estamos delimitados no sólo por los problemas de la distribución de la riqueza, sino que ahora es significativo vislumbrar cómo existen inequidades en la posibilidad del ejercicio de los valores y la información sobre sus propios cuerpos. En las condiciones del progreso, es común asumir que los asuntos genéricos y de la identidad sexual se han desplazado hacia situaciones que ya no sólo se ajustan al problema tradicional entre lo masculino y lo femenino, sino también ahora se pueden constatar las discusiones acerca de las oportunidades que los géneros poseen para mejorar sus condiciones de desarrollo dentro del propio contexto social.

Las condiciones económicas, políticas y culturales también han puesto en cuestión al desarrollo del amor y la sexualidad hasta el punto de redefinir qué son y cuáles deben ser las prácticas correctas de las mismas sin que éstas resulten ofensivas para la propia sociedad. Esta cuestión es distinta del asunto de la comercialización del sexo, cuya creciente «naturalización» en tanto fenómeno público es un asunto de urgente atención.

Resulta cada vez más difícil impedir que las personas se prostituyan si no hay empleo: pero sobre todo resulta terrible que no tengan acceso a la prevención sexual o a la atención hospitalaria. Es claro que el Estado y la propia sociedad deben desplegar acciones frontales si se desea evitar que los individuos sigan asumiendo una visión cómplice de una tolerancia hipócrita ante fenómenos que no pueden seguir avanzando sin reglas ni protecciones para las personas que han sido atrapadas por las redes de la explotación sexual.

De igual manera, resulta cada vez más difícil alejar a los adolescentes de las drogas si observan que en sus hogares los padres discuten y agreden de múltiples maneras. La necesidad por evadirse de la realidad circundante y tratar de «sobrevivir» a su

manera nos muestra las terribles desventajas de las cuales se debe partir si existe la intención de erradicar la falsa felicidad y el daño corporal a los que se encuentran sujetos millones de personas. La existencia de estos problemas se suma a las cuestiones «tradicionales» como lo son el tabaquismo, el alcoholismo, y ahora el estrés laboral.

Conviene detenernos en este último caso, a pesar de los efectos nocivos que dicha situación genera en la salud de las personas y en la estabilidad de las familias. La tendencia hacia extender la jornada laboral y la explotación del individuo en aras del éxito implica, incluso para hombres y mujeres por igual, el tener que desalentar o postergar el desarrollo de matrimonios o los nacimientos, sin el adecuado estudio de las consecuencias que dichos actos generan para la propia estabilidad mental y afectiva de las personas involucradas. Las empresas alientan estas situaciones y es sorprendente cómo esto es asumido como un criterio «correcto» que se asocia con un falso sentido de «trabajo responsable», cuando en realidad simple y llanamente se orienta a la destrucción de valores y conductas sin mayores alternativas de reflexión para las personas (BODEI, en Cruz [comp.], 1999).

Por ello, la construcción de políticas públicas que atiendan los problemas adictivos siguen manejándose sólo en términos de «prohibir» u «confinar» el acceso al consumo de muchos de estos productos. Sin embargo, dichas regulaciones o castigos como mecanismos correctivos nunca han venido acompañadas de acciones educativas que permitan ver los impactos y los daños permanentes que dichos consumos infligen a las personas.

Desarrollar el sentido de la culpa o el arrepentimiento tampoco pueden ser salidas únicas en dichos procesos. Para quien carece de principio de todo bien o vínculo resulta poco factible hacer una valoración de cómo sus actos de violencia e intolerancia pueden perjudicar a la armonía comunitaria, a las familias o a las personas, si a ellas mismas no se les ha dado ninguna demostración de respeto o confianza para que puedan participar dentro de la vida social. En esta parte, la ausencia de todo parámetro ético hace preocupante el débil repertorio de respuestas con que se cuenta a nivel general.

No es entonces un problema que se pueda resolver con cárceles o readaptaciones que restrinjan los cuerpos de manera disciplinaria, sino que implica una lucha mucho más frontal que puede tener el riesgo de alentar mayor violencia como respuesta por parte de las propias comunidades agredidas, a falta de una acción pública concertada (a pesar de la proscripción de la pena de muerte, los linchamientos o la tortura).

Es por ello que la defensa ética del cuerpo individual y colectivo nos obliga a repensar en las acciones que recuperen los sentimientos solidarios, en tanto una dimensión educativa que sea tan importante como la inversión directa en la creación de empleos y la reducción de la pobreza material.

Por otra parte, problemas como la eutanasia o el aborto nos hablan en un sentido contrario. ¿Por qué resulta inconcebible abrir el camino a la posibilidad de tener una muerte digna en caso de hallarse afectado de manera irremisible por una enfermedad

que mina la dignidad de la persona? ¿Por qué no asumir la posibilidad de una interrupción de un embarazo? El propio albedrío que posee toda persona en pleno uso de sus facultades debería ser suficiente para determinar en este tipo de casos y en plena concordancia con la opinión de un panel de expertos (que no sólo asuma los aspectos de índole médica, sino que también valore los impactos morales y económicos para los vinculados con el paciente o el enfermo) que una terminación de la vida fuera posible (CAMPS, 2005).

Ante este tipo de casos, la ética también debería mostrarnos la posibilidad de tomar decisiones generosas con aquellos que desean acortar su sufrimiento. Por ello, debemos recordar que el cuerpo es también una dimensión espiritual y no sólo una de alcance físico. La ética y la política deben ser más sensibles en estos aspectos específicos para poder armonizar a los seres humanos en lo relativo a aceptar su naturaleza finita. Por ello, la posibilidad de una calidad de vida es una demanda legítima que no debe ser confundida con las tercas utopías de la inmortalidad y la trascendencia que han supuesto incluso políticas selectivas y eugenesias que atentan sobre el propio curso de la existencia colectiva.

De igual manera, no se podría dejar de reflexionar en torno a los problemas del cuerpo, si no somos capaces de convivir con el entorno ambiental. La responsabilidad de la preservación ecológica de los recursos que nos proveen de alimento implica ampliar las obligaciones morales y las regulaciones legales para que tengamos una conciencia sobre cómo y hasta dónde podemos manipular la genética de cultivos y animales.

Por otra parte, la apertura hacia nuevas formas de energía que permita la eliminación paulatina de los combustibles orgánicos también es un dilema ético-político que debe remitir a la pronta adopción de acuerdos internacionales que delimiten el futuro planetario, en términos de poder erradicar la desigualdad existente en los rubros de acceso al consumo de bienes básicos y el agua, factores que son de suma importancia si se desea evitar el ascenso de las nuevas guerras derivadas de estas situaciones de mala explotación y comercio ilegítimo.

En síntesis, la exigencia por que los seres humanos nos separemos de una visualización de la ética como una mera conciliación de nuestras pasiones e intereses respecto a la utilidad del cuerpo y la naturaleza hace que debamos apuntar hacia otro de los aspectos centrales de la política actual, como lo es el tipo de argumentos e imágenes que articulan los discursos de quienes asumen las decisiones políticas.

#### 4. ÉTICA POLÍTICA DEL DISCURSO

Una de las características centrales del discurso es la exigencia de poder compartir nuestras ideas y hacer que éstas se diseminen para permanecer por un largo tiempo, a efecto de que puedan influir en la conducta y acciones comunes de las personas.

¿Pero qué deseamos difundir y compartir? Es claro que no existe una exigencia nítida a favor de que los valores o las ideas deban estar adheridos a códigos de una buena ética política. Si bien es una demanda por una racionalidad formal, su concreción material reclama esfuerzos dirigidos a incrementar el interés por la educación y la comunicación, en tanto se constituyen como piedras angulares en la transmisión actual del conocimiento (APEL, 1986).

En realidad, con la multiplicación de los medios informativos, tampoco resulta posible asumir la lógica de proponer una centralidad del discurso. Lidiamos con el desdoblamiento de lo visual y lo escrito, aunque existe la preeminencia decisoria de la red Internet y el poderío de las cadenas mundiales de noticias, quienes han terminado de apuntalar el dominio de las encuestas como mecanismos primordiales para la construcción y rumbo de la opinión pública y del ciudadano común. ¿Existen maneras de conducir dicho proceso de manera plausible ante la ausencia actual de controles legales en la materia?

Ciertamente, el campo de las comunicaciones afronta la exigencia de introducir mecanismos de responsabilidades compartidas entre los usuarios y los proveedores de los servicios, si no se desea una intervención excesiva de los gobiernos. Hasta ahora, la red Internet es un nicho donde prevalecen condiciones que permiten el desarrollo de los movimientos sociales más diversos; pero también se encuentran manifestaciones claras de que su desarrollo puede constituir amenazas serias a la seguridad colectiva y la integridad personal (MOUCHON, 1999).

La pérdida de los proyectos de interacción educativa de calidad en cuanto a las relaciones interpersonales hace que nuestras comunidades carezcan de profesores bien formados y estimulados en el desarrollo y los instrumentos adecuados para la socialización de los valores. La propia carencia de habilidades para contextualizar el papel de las escuelas no sólo como instancias para la capacitación de trabajadores, sino como orientadoras en la formación de las personas, es uno de los aspectos recurrentemente criticados desde el seno mismo de las familias y los educandos en todos los niveles del sistema escolar.

Por ello es importante considerar que el acceso a la información no puede ser confundido con la estridencia y el monopolio que ejercen sólo un puñado de actores quienes terminan acallando a la mayoría, al confinarlos dentro de las instancias de un consumo de contenidos en radio, prensa y televisión que no mejora en demasía por la presencia de empresas de cable o sitios alternativos.

La «brecha digital» se suma así como un problema que impacta sobremedida a la vinculación de lazos entre las generaciones, en tanto sustituye y minimiza la comunicación interpersonal y las expresiones afectivas en el seno de las familias y los espacios públicos. En este sentido, es que resulta válida la expresión de Alberto MELUCCI respecto a desarrollar nuevamente una educación que permita la convivencia a partir de las experiencias compartidas y el intercambio de conocimientos y sentimientos (MELUCCI, 2001).

Resulta desalentador ubicar que el alcance de las escuelas y universidades públicas no siga ofreciendo las expectativas de la movilidad social que tenían en el pasado, en tanto se muestran incapaces de producir resultados que modifiquen dicha percepción. La demanda por calidad e integridad implica remover desde su raíz el viejo sistema de protecciones laborales, a efecto de que maestros verdaderamente comprometidos con el quehacer docente y de investigación cuenten con los apoyos comunitarios y gubernamentales para desarrollar sus actividades.

Estamos ante una sociedad de la información y del conocimiento que vive bajo demasiadas confusiones políticas. El miedo causado por la inseguridad y el terrorismo global es el mensaje que termina por establecer el consumo de una economía y una comunicación de la violencia. También observamos la destrucción paulatina de la lectura y el libro. Sin embargo, los niños y los jóvenes por fortuna siguen resistiéndose a ese cruel destino.

La glorificación del pragmatismo mediático asume que los individuos no poseen interés por retener datos, nombres o lugares. La experiencia de lo efímero para pasar a lo siguiente en la moda o en la farándula nos dice que el discurso se ha vuelto ruido y estridencia. Lo único importante es aquello que podemos citar del día u hora anterior. El tiempo se ha vuelto relativo a un punto tal que la noción del futuro y el pasado son únicamente factores metafóricos para quienes deben vivir en el día a día de la supervivencia.

La simplificación de los aspectos esenciales de la historia y la cultura nos demuestra que nos acercamos a una nueva Edad Media que ha terminado por crear pueblos inviables que están por fuera de toda posibilidad concreta dentro de la economía y política globales. Sin embargo, aun dentro de estas épocas oscuras, la preservación de la memoria es una exigencia ética que justamente ha permitido que la Humanidad no termine por aniquilarse a sí misma. De ahí que asumamos la exigencia de una ética de la memoria que permita la permanencia y la no expiración de nuestro saber colectivo.

## 5. ÉTICA POLÍTICA DE LA MEMORIA

Uno de los temas recurrentes en el desarrollo de los valores y la justicia política es la argumentación de los hechos y cómo ello permite probar la pertinencia de la aplicación correcta de las leyes que los seres humanos se han dado a sí mismos. Sin embargo, vivimos en una época sin vínculos ni criterios consistentes entre la ética, la política y las leyes (ESPOSITO, en Cruz [comp.], (1999).

Cada sociedad ha vivido en un tiempo interior que se ha obligado a converger en un tiempo común de la globalidad y la economía. En ello estriba la dificultad para compaginar herencias y memorias diversas que claman por ejercer su derecho a la política. Sin embargo, como se ha señalado previamente, la autopercepción que tienen de sí

mismos los seres humanos hace que la memoria vaya más allá de una mera enumeración de recuerdos o eventos, en tanto se coloca como un problema de reconocimiento y validez de diversas formas de ejercicio de la civilidad.

El uso político y ético de la memoria demanda así un discurso racional y responsable que pueda ser transmitido por los sujetos históricos que desean expresar su deseo de continuidad en el mundo. Pero la memoria también se cifra en las expresiones directas del vínculo interpersonal. Requiere sin duda del discurso y las personas. La memoria evoluciona justamente en la medida que se articulan los elementos del lenguaje y cómo los asociamos con las prácticas y representaciones en términos de ideologías y utopías que se suceden al paso del tiempo (VILLORO, 1997).

Por otra parte, no puede negarse la existencia de deudas históricas que han mantenido alejada la posibilidad de atemperar los conflictos en muchas partes del orbe. Por ello, se debe reflexionar acerca de cuál es la manera idónea de lograr una transmisión responsable de las injusticias y los reclamos que persisten alrededor de las mismas.

Una de las preocupaciones sustanciales que surgen de este tipo de conflictos es cómo hacer que los pueblos se reconcilien y superen sus agravios. Resulta devastador ver como se comprometen y atan las siguientes generaciones en misiones de odio que quizás son estériles, si no están traducidas en acciones concretas de tipo afirmativo, o si están definidas en términos de derechos que estimulen la adquisición de habilidades y competencias que acorten la distancia entre los grupos.

No se puede postular una política de nivelación o de reconocimiento si ello implica la perpetuación de la hipocresía que está asociada con la idea de tolerancia. De ahí que resulte primordial una interacción sustentada en el enriquecimiento mutuo e incluso en la fusión y creación de nuevos espacios culturales. Lo mismo puede aplicarse respecto a los procesos de elaboración participativa de las decisiones con alcance público. Es claro que la preservación puede y debe ceder su paso a la superación en caso necesario. Resulta importante que las nociones del olvido y el perdón puedan ser dimensionadas no como una suerte de renuncia a lo vivido, sino como una posibilidad reconstructiva de la acción política, a efecto de exaltar las tareas de la preservación común.

En acuerdo con lo expresado por Remo BODEI, la promesa de una identidad renovada alienta el uso de la historia, para tomar justamente de la misma, todo aquello que produzca el enaltecimiento de las mejores cualidades humanas. Sin embargo, la historia también nos ha conducido a las peores manifestaciones de la naturaleza humana. Por ello, la prudencia se define así como el arma política de la moderación y la templanza con que los gobernantes pueden hacer apelación al uso del pasado (BODEI, 1998).

La memoria evoluciona, no puede mantenerse quieta, porque justamente la imaginación de los seres humanos le permite desplazarse y reconfigurarse a cada momento. Su transmisión mediante el discurso oral o escrito nos hace ver que los usos éticos y políticos de la misma están adscritos entonces al lento proceso de aprendizaje de la propia naturaleza de los componentes del mundo.

## 6. CONCLUSIÓN

Uno de los propósitos centrales de la acción ética es que la misma recupere su carácter soberano en beneficio de la simultánea necesidad política que su presencia conlleva. El altruismo y la cooperación son atributos de una política que orienta sus pasos hacia demostrar que el bien puede ofrecer mejores resultados en el largo plazo para los individuos. Como lo visualizó Iris Murdoch, los seres humanos somos afortunados en ser incapaces de separarnos por completo de las utopías, la imaginación o la memoria, porque de lo contrario estaríamos totalmente embrutecidos en torno a nuestra condición animal; o en manos de un egoísmo extremo que siga pensando en la empecinada idea de que podemos vivir encerrados en nuestras metáforas de auto-suficiencia y dominio absoluto del mundo circundante (MURDOCH, 2001).

Por esta razón, el cuerpo, el discurso y la memoria son el trípode dimensional donde podemos colocar la ética y la política en sus tareas y compromisos actuales. La moralidad de los actos que se despliegan por parte de los gobiernos actuales resulta terriblemente ofensiva, ya que subestima el potencial creador y participativo de los individuos dentro de las democracias modernas. Difícilmente podemos asumir que exista una aceptabilidad amplia de los elementos con que nuestros gobiernos afrontan la generación de respuestas a las inquietudes más básicas en materia del ejercicio de los derechos y el acceso a los bienes públicos (MARGALIT, 2002).

Es por ello, que la relación entre la ética y la política tiene ante sí la exigencia de no verse reducida a una mera preocupación de tipo materialista, sino que también debe esforzarse por abrir camino a las demandas de la sensibilidad y los sentimientos; de las relativas al uso del discurso racional y responsable que permita acrecentar los puentes del diálogo laico y cívico; así como, finalmente, defina las condiciones en las cuales podamos convivir sin la nostalgia o la melancolía que sigan asociadas con cualquier tipo de injusticia o desigualdad.

Ciertamente, los tiempos postmodernos implican el desafío de no perder ese sujeto histórico que ha hecho posible todo lo que nos rodea gracias a principios, valores y decisiones. De ahí que una naturaleza humana sin ética y sin capacidad política sea la manifestación de un mundo carente de rostros y sentidos. Digamos entonces no a ese destino que se avizora en el horizonte.

## BIBLIOGRAFÍA

- APEL, Kart Otto. 1986: *Estudios éticos*. Buenos Aires: Editorial Alfa, 223 pp.  
ARNSPERGER, Christian y VAN PARIJS, Philippe. 2002: *Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa*, Barcelona, Paidós, 150 pp.

- BAUMAN, Zygmunt. 2003: *Comunidad. En busca de la seguridad en un mundo hostil*. Madrid: Siglo XXI Editores, 185 pp.
- 2005a: *Ética posmoderna*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 296 pp.
  - 2005b: *Identidad. (Conversaciones con Benedetto Vecchi)*. Buenos Aires: Editorial Losada, 214 pp.
- BECK, Ulrich. 1999: *La invención de lo político*. Buenos Aires: FCE, 267 pp.
- BENHABIB, Seyla. 2005: *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanía*. Barcelona: Gedisa, 191 pp.
- 2006: *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*. Buenos Aires: Katz Editores, 337 pp.
- BOBBIO, Norberto. 1984: «Ética e política». En Walter Tega (a cura di): *Ética e política*. Parma: Pratiche Editrice, 7-17.
- BODEI, Remo. 1998: *El libro de la memoria y la esperanza*. Buenos Aires: Editorial Losada, 87 pp.
- 1999. «Política y felicidad». En Manuel Cruz (comp.): *Los filósofos y la política*. Madrid: FCE, 47-54.
- CAMPS, Victoria. 2005: *La voluntad de vivir. Las preguntas de la bioética*. Barcelona: Ariel, 221 pp.
- ESPOSITO, Roberto. 1999. «¿Ética sin Ley?». En Manuel Cruz (comp.): *Los Filósofos y la Política*. Madrid: FCE, 55-67.
- FÉHER, Ferenc; y HELLER, Agnes. 1989: *Políticas de la posmodernidad*. Barcelona: Península, 302 pp.
- 1995. *Biopolítica. La modernidad y la liberación del cuerpo*. Barcelona: Península, 125 pp.
- FOUCAULT, Michel. 2005: *El poder psiquiátrico*. Buenos Aires: FCE, 448 pp.
- HABERMAS, Jürgen. 2006: *El occidente escindido*. Madrid: Trotta, 189 pp.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. 2004: *Calamidades*. Barcelona: Gedisa, 285 pp.
- KÜNG, Hans. 2000: *Una ética mundial para la economía y la política*. México: FCE, 380 pp.
- MARGALIT, Avishai. 1997: *La sociedad decente*. Buenos Aires: Paidós, 222 pp.
- 2002: *Ética del recuerdo*. Barcelona: Herder, 110 pp.
- MELUCCI, Alberto. 2001: *Vivencia y convivencia. Teoría social para una era de la información*. Madrid: Editorial Trotta, 181 pp.
- MOUCHON, Jean. 1999: *Política y medios. Los poderes bajo influencia*. Barcelona: Gedisa, 126 pp.
- MURDOCH, Iris. 2001: *La soberanía del bien*. Madrid: Caparrós Editores, 109 pp.
- PANIKKAR, Raimon. 1999: *El espíritu de la política. Homo Politicus*. Barcelona: Península, 219 pp.
- RAZ, Joseph. 2001: *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 442 pp.
- RECALDE, José Ramón. 1995. *Crisis y descomposición de la política*. Madrid: Alianza Editorial (AU 819), 150 pp.
- RENAUT, Alain. 1998: *El futuro de la ética*. Barcelona: Círculo de Lectores/Galaxia Gutenberg, 118 pp.
- VILLORO, Luis. 1997: *El Poder y el valor. Fundamentos de una ética política*. México: COED. FCE /El Colegio Nacional, 400 pp.
- WALZER, Michael. 2001: *Guerra, política y moral*. Barcelona: Paidós, 166 pp.

# La huella de mordedura humana como manifestación de violencia: una aproximación criminológica

Lizbeth de las Mercedes Rodríguez<sup>1</sup>

Fecha de recepción: septiembre de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 11 de noviembre de 2013

## Resumen

Los dientes también pueden usarse como un instrumento de defensa o agresión. Las huellas de mordedura humana pueden hallarse tanto en víctimas como en victimarios, aunque pocas veces son analizadas por criminólogos o por profesionales dedicados a estudiar la conducta del delincuente. Si bien son importantes para la criminalística y odontología forense, las huellas de mordedura humana también pueden proveer información adicional según el contexto en el que se causó la lesión.

Se revisó la bibliografía relacionada existente, con la intención de recopilar información que

## Abstract

*Teeth may also be used as an instrument of defense or aggression. Human bite marks can be founded both in victims and victimizers, but these injuries rarely are analyzed by criminologists or by professionals who study the behavior of the offender. While important for criminalistics and forensic dentistry, human bite marks can also provide additional information according to the context in which the injury was caused.*

*The existing literature about the theme was reviewed, in order to collect information that demonstrates the utility of the analysis*

1. Coordinadora de Servicios Médicos de la Procuraduría General de la República, Delegación Campeche, México. Comisionada de Difusión y Prensa, Colegio Mexicano de Médicos Generales y Familiares «Dr. Luis A. Zavaleta de los Santos», A.C., Capítulo Campeche. Correo-e: lizro.dds@gmail.com. Cirujano Dentista, Posgraduada en Estomatología Legal y en Criminalística.

demuestre la utilidad del estudio de la huella de mordedura en la investigación criminológica.

La intención de este artículo es demostrar la importancia del tema, donde el manejo multidisciplinario e interdisciplinario a nivel de ciencias forenses es necesario al igual que el rigor científico que, en base a elementos de estudio en común entre criminólogos, criminalistas, psiquiatras, psicólogos y odontólogos forenses, aporte nuevos conceptos y teorías en criminología.

**Palabras clave:** Dientes, huella de mordedura, agresión, violencia, criminología, odontología forense.

*of human bite marks in criminological research.*

*The aim of this paper is to demonstrate the importance of the main topic, where a multidisciplinary and interdisciplinary management and scientific rigor are needed, providing new concepts and theories in criminology based on common elements among criminologists, crime scene investigators, psychiatrists, psychologists and forensic dentists.*

**Key words:** Teeth, bite mark, aggression, violence, criminology, forensic dentistry.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los dientes sirven para cortar y triturar los alimentos durante el acto de la masticación; con ellos también mordemos, incluso como parte de ciertos juegos. Morder es un acto que expresa la capacidad de sujeción –en algunos funciona como una mano adicional–, de agarrar y fijar; pero también expresa las intenciones de atacar, agredir y poseer. Enseñar los dientes, pues, no sólo implica mostrarlos al sonreír para demostrar empatía y afecto; también podemos enseñarlos a fin de demostrar represión, coraje o agresividad, por lo que adicionalmente son considerados como un instrumento de defensa o de ataque. La dentadura es, por decirlo así, parte del arsenal natural de cada uno de nosotros. Simbólicamente, se les ha otorgado a los dientes el valor de una muralla o fortaleza: además de almenas, a decir de Gutierre TIBÓN, son los muros del hombre en su aspecto físico y material<sup>1</sup>.

A la dentadura también se le ha asignado, bajo el esquema de las teorías lombrosianas del siglo XIX, el valor de rasgo fisonómico destacable en la tipología de algunos delincuentes: por ejemplo, el médico y criminólogo mexicano Francisco MARTÍNEZ BACA<sup>2</sup> aseguraba que una característica de los criminales era la dentadura –robusta

1. TIBÓN, G. 1984: *El mundo secreto de los dientes*. 3.ª ed.: México: Editorial Posada, 35.

2. En alusión al estudio criminológico (antropométrico) que este médico realizara al multihomicida Francisco Guerrero, mejor conocido como «El Chalequero», quien en 1888 acaparó las páginas de nota roja en México. Este violador, asesino de prostitutas y degollador (véase, para ampliar información al respecto: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, A. 2006: *Terribilísimas historias de crímenes y horrores en la Ciudad de México en el siglo XIX*. México: Ediciones B, 211-214) cometía sus crímenes por los rumbos de Peralvillo, cerca del Río Consulado, en la Ciudad de México. Condenado a muerte en ese año, su sentencia fue permutada por una

y afilada— cual animal carnicero y antropoide<sup>3</sup>. En este mismo tenor, por demás interesante resultaba el criterio frenológico<sup>4</sup> para tratar de explicar el comportamiento de criminales que tendían a morder a sus víctimas, basándose en el hecho de que en el cerebro humano existía un «órgano de la propensión a destruir, de la destructividad o del asesinato» cuya actividad incidía en la conducta del victimario que empleaba sus dientes para causar daño<sup>5</sup>.

Frases como «defender con uñas y dientes», «morder el pastel», «mostrar los dientes», «a dentelladas» o «dar mordida» son parte de nuestro vocabulario y representan el carácter dinámico del acto e intención al cual aluden; también existen frases como «morderse una parte del cuerpo», empleada cuando la persona debe soportar, al no tener otra opción, situaciones en las que no debe expresar sus emociones; «perro que ladra no muerde», para referirse a quienes amenazan verbalmente sin recurrir a la agresión o violencia físicas; y «de dientes para afuera», para alguien que, con diplomacia o hipocresía, dice las cosas; estas últimas expresiones, podríamos considerar, aluden metafóricamente a la represión de emociones. En una interpretación odontológica, si las emociones se reprimen, el desgaste de la superficie masticatoria de los dientes al apretarlos constantemente da lugar a una parafunción<sup>6</sup> característica: el bruxismo, donde el dolor, la ira y el estrés juegan un papel importante en su producción, ya que la manifestación, dominio o control de ciertas emociones se logra apretando los dientes. De la misma manera, hay quienes sienten la necesidad de morder objetos o partes del cuerpo: bolígrafos, lápices, plásticos, uñas, cabello, etcétera.

En la comisión de ciertas conductas consideradas como delitos, morder se convierte en un acto que demuestra niveles de agresividad variables, llegando en ocasiones a la violencia, por parte de quien realiza la acción. Así, pues, la mordedura se

---

pena de 20 años en prisión a cumplir en el fuerte de San Juan de Ulúa, Veracruz, de donde escapó en 1906 para, nuevamente, seguir cometiendo asesinatos. Reaprehendido en 1908 y condenado a la pena capital, murió de tuberculosis meses después en la cárcel de Belén, en la Ciudad de México. Aunque cabe mencionar que, según expresa Arnoldo Kraus, los médicos de principios del siglo XIX consideraban a las personas con conductas antisociales como enfermos con alteraciones psiquiátricas profundas. KRAUS, A. 1996: En J. Guerrero: *La génesis del crimen en México*. México: Ediciones del CONACULTA, 13.

3. SPECKMAN-GUERRA, E. 2007: *Crimen y castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia: Ciudad de México, 1872-1910*. 1.ª reimp. México: Colegio de México/UNAM-Instituto de Investigaciones Históricas, 132.

4. Frenología, ciencia del siglo XIX que, entre otras teorías, explicaba las tendencias o conductas criminales de ciertos individuos según la morfología del cráneo y macizo facial divididos, al igual que el cerebro, en regiones anatómicas específicas (una de sus máximas era: el cerebro es el órgano de la mente). Para RAFTER, N. 2005: «The murderous Dutch fiddler: criminology, history and the problem of phrenology». *Theoretical Criminology*, 2005, 9 (1): 65-96, la frenología constituyó un esfuerzo por romper con las explicaciones metafísicas y teológicas respecto de la conducta del delincuente, reemplazándolas por una ciencia empírica. Por tal motivo, puede considerarse a la frenología como una de las disciplinas precursoras de la criminología.

5. RAFTER, N., *op. cit.*, 67.

6. Definiéndose como una acción que imita la función natural de masticar, en este caso, pero de manera intensa, prolongada y sin una función fisiológica específica e indispensable.

convierte en una manifestación de violencia sobre el cuerpo humano bajo la forma de una lesión: la huella de mordedura.

¿Cuándo se pasa de un juego a la agresión o violencia? Los niños, a menudo, demuestran agresividad física: muerden y arañan a otros. Pero hay ciertas diferencias: morder de vez en cuando es considerado parte del desarrollo normal de un infante; cuando el morder es persistente, ésta puede ser la manera por la cual el niño pruebe su poder para llamar la atención. Algunos niños muerden porque se sienten infelices, ansiosos o celosos<sup>7</sup>, pudiendo, en ocasiones, lesionar a otros niños o a quienes les cuidan.

Al morder sobre la piel se deja una impronta de las superficies dentales masticatorias. Esta impronta, según el Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, se considera una lesión y permite analizar el contexto en el que se produjo: en un probable hecho delictuoso, por ejemplo, al determinar el mecanismo de producción de la mordedura, puede establecerse la posición víctima-victimario.

Por lo anterior, las lesiones por mordedura no sólo sirven para identificar a un agresor mediante su dentadura, sino que pueden interpretarse también como una manifestación de violencia física sobre el cuerpo de la víctima o ser el resultado de emplear los dientes como medio de defensa contra un atacante.

## 2. AGRESIÓN Y VIOLENCIA

No se profundizará en este artículo en torno a las diversas teorías que existen sobre agresividad y violencia, aunque sí es necesario abordar las probables causas por las que una persona muerde a otra habiendo violencia de por medio durante la comisión de ciertos delitos.

Podemos decir que agresión y violencia están ligadas a la vida del hombre desde la prehistoria; y, aunque parecieran ser sinónimos, la agresión se ha conceptualizado como una manifestación de defensa del territorio –sea éste el espacio personal o el compartido con otros individuos– ante un peligro. La agresión puede definirse como el instinto combativo del hombre (y animales), dirigido contra miembros de su misma especie<sup>8</sup>, inherente a él y necesario para su supervivencia<sup>9</sup>.

El rostro expresa mediante ciertos gestos característicos la intención del que protege y defiende; así, enseñar los dientes sería una señal para tratar de alejar lo que

7. Este dato se puede encontrar en la página electrónica de la American Academy of Child and Adolescent Psychiatry (<http://aacap.org>), en su versión castellana, en el apartado «Información para la Familia» n.º 81 (consultada el 2 de junio de 2011).

8. MENDOZA-BEVIDE, A. P. 2006: *Psiquiatría para criminólogos y criminología para psiquiatras*. 1.ª ed. México: Trillas, 23.

9. TOCAVÉN-GARCÍA, R. 1991: *Elementos de criminología infanto-juvenil*. México: Porrúa, 62.

representa un peligro o bien para iniciar una pelea, pasando del simple gesto de mostrar los dientes a la acción de lanzar dentelladas o morder. El hombre prehistórico, se dice, prescindió de la dentellada directa al elaborar sus propias armas artificiales<sup>10</sup>.

Cuando la agresión tiene como propósito dañar se habla entonces de violencia, la cual podemos encontrar como componente en la ejecución de delitos tales como homicidios, maltrato infantil, violaciones, etcétera.

En el ámbito jurídico, la violencia es un acto de agresión intencional en el que se utiliza alguna parte del cuerpo o un objeto, arma o sustancia, para sujetar, inmovilizar, causar daño o alterar la salud de la víctima<sup>11</sup>; este concepto es importante, puesto que en este trabajo se analizará desde diversas perspectivas.

Conviene aclarar que, si bien agresión y violencia no significan lo mismo, con el término agresor nos referiremos en este artículo a quien ejerce violencia sobre otra persona con la intención de causar daño.

Todas las personas tienen sentimientos de agresividad; al llegar a la edad adulta, se tiende a controlar o reprimir esos sentimientos<sup>12</sup>, puesto que no son socialmente aceptables<sup>13</sup>. Para Sigmund FREUD<sup>14</sup>, la represión existe cuando hay una amenaza que altere a la persona, sea ésta real o n.º. Ahora bien, ante estas amenazas, el proceso humano implícito será una reacción al enfrentar adecuadamente tales exigencias extremas, incluyendo el estrés<sup>15</sup>; sin embargo, una misma situación puede generar conductas diversas según influya el medio en el que se desenvuelve un individuo (ámbito sociocultural, económico, político, de poder, etcétera); incluso el entendimiento de la propia situación es diferente en una misma persona<sup>16</sup>.

Al hablar del estudio de la personalidad de un delincuente, de un sujeto agresivo o de cualquier individuo cuya conducta se ha tornado violenta por muy diversas causas, debemos partir de lo que se considera personalidad: el conjunto de factores constitucionales y temperamentales, las actitudes y aptitudes que determinan la manera de ser de un individuo concreto, así como su adecuación con el medio que le rodea<sup>17</sup>. De estudiarla se ocupan, bajo el contexto legal o forense, la psicología, la psiquiatría y la

10. TIBÓN, G., *op. cit.*, 29.

11. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2011: *Temas Selectos de Derecho Familiar n.º 3: Violencia Familiar*. México: SCJN, 33.

12. OSTROSKY-SOLÍS, F. 2008: *Mentes asesinas: la violencia en tu cerebro*. 1.ª ed. México: Hachette Filipacchi, 26.

13. ABRAHAMSEN, D. 1976: *La mente asesina*. 1.ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 18.

14. En HIKAL, W. 2009: *Criminología psicoanalítica, conductual y del desarrollo*. México: Flores Editor y Distribuidor, 128.

15. De acuerdo con HOLAHAN, C. J. 2009: *Psicología ambiental: un enfoque general*. Limusa, 1.ª ed. México: donde el autor considera este estrés como «fisiológico».

16. MIRALLES, T. 1982: *Métodos y técnicas de la criminología*. 1.ª ed. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 11-112.

17. Según expresa LÓPEZ-VERGARA, J. 2002: «Técnicas de Estudio Interdisciplinario de Personalidad». En J. López Vergara y J. P. de Tavira: *Diez Temas Criminológicos*. México: INACIPE, 27.

criminología. Así, la psicología aplicada en el ámbito forense se encarga de conocer las causas y formas de manifestación de las conductas antisociales y el sujeto que las comete; la psiquiatría forense detecta, previene, trata y rehabilita al enfermo mental que participa en un hecho delictuoso; y la criminología –incorporando conceptos de la psicología y la psiquiatría– estudia el fenómeno criminal para conocer sus causas y formas de manifestación mediante la investigación multidisciplinaria del hecho y de la persona que delinque<sup>18</sup>. Es decir, estas tres ciencias de una u otra manera se relacionan para estudiar el delito como conducta y al individuo que, por razones diversas, delinque, aunque sus objetivos de estudio sean diferentes entre sí.

Puesto que para la criminología lo que importa es la identificación de sujetos que cometen actos antisociales y que puedan ser castigados por los daños o perjuicios cometidos contra otros<sup>19</sup>, conviene repasar algunas teorías que puedan explicar por qué se puede llegar a morder a otra persona con la intención de causarle daño, considerando obviamente la huella de mordedura como una lesión con características únicas que pueden resultar de suma importancia dentro de la historia clínica criminal a fin de concebir biológica, psicológica y socialmente el comportamiento del individuo que manifiesta una conducta considerada como delictiva<sup>20</sup>.

Siguiendo con Freud y su teoría sobre las etapas del desarrollo de la personalidad, ésta se ve moldeada gracias a vivencias tempranas en la infancia cuando se atraviesa por una secuencia de fases, que él definiera como etapas psicosexuales, en las cuales la libido o energía sexual se centra en ciertas regiones corporales durante el desarrollo psicológico del niño: boca, ano y genitales<sup>21</sup>. Siendo ricas en terminaciones nerviosas, estas tres zonas responden a estímulos placenteros, por lo que se consideran erógenas y se corresponden, a su vez, con etapas a las que FREUD denominó oral, anal, fálica y genital. Cuando la sensación de placer en alguna de dichas zonas predomina sobre las demás, de acuerdo a la teoría freudiana, puede retardarse el desarrollo del niño, al retenerse parte de la libido en alguna de las etapas psicosexuales (fijación). La conducta posterior del individuo durante su desarrollo se caracterizará entonces por alcanzar la satisfacción o manifestar actitudes que remiten a la etapa donde se fijó la energía sexual.

18. Conceptos que podemos encontrar en el libro editado por la Procuraduría General de la República, 2003: *Guías Metodológicas de las Especialidades Periciales*. México, 49, 145 y 151.

19. PLATA-LUNA, A. 2011: *Criminología, criminalística y victimología*. 4.ª reimp. México: Oxford University Press, 7.

20. TRUJILLO-MARIEL, P. R. L. 2005: *La historia clínica criminal*. México: Alfil, x. Si bien esta autora mexicana hace hincapié en la necesidad de llenar correctamente la llamada historia clínica criminal del delincuente, el apartado correspondiente a «dentadura» únicamente es manejado para cuestiones de identificación criminalística u odontológica forense del individuo. A fin de complementar lo anterior, véase: RODRÍGUEZ, L. M. 2012: «La ficha de identificación estomatológica para internos: un asunto aún pendiente en México». *Rev. Crim.*, 54 (2): 149-165.

21. Teoría que puede leerse sintetizada en: DAVIDOFF, L. L. 1989: *Introducción a la psicología*. 3.ª ed. México: McGraw Hill, 517-519.

ABRAHAMSEN<sup>22</sup> determinó la presencia de tres factores psicológicos que, al interactuar y mezclarse, originan un conflicto que puede desencadenar episodios de violencia en ciertos individuos: el temor, la frustración y la depresión. Tal conflicto interno hunde sus raíces en situaciones traumáticas experimentadas durante los dos primeros años de vida del niño y, de ser persistentes, configurarán la fuerza agresiva como reacción a las frustraciones que, de adulto, no podrá controlar.

Con estas teorías, Sigmund FREUD y David ABRAHAMSEN, al coincidir que el período crítico en la formación de una personalidad agresiva puede presentarse durante los dos primeros años de vida del niño, establecieron pautas que resultan útiles para la criminología y ciencias de la conducta forenses: la teoría de las etapas psicosexuales, la de la fijación de la libido en alguna de ellas durante la infancia y la de los conflictos internos persistentes permiten conformar un diagnóstico integral al momento de evaluar a un agresor. El acto de morder, pues, es característico de la etapa oral; si existieron conflictos no superados en esa fase, conductas asociadas a la búsqueda de satisfacción empleando la boca y los dientes para causar daño emergerán en algún momento de la vida de la persona. Es así que, para Alice MILLER, cuando un niño carece del afecto, protección y cuidados parentales desde temprana edad, mantendrá hasta su etapa adulta el anhelo de satisfacer sus funciones vitales, proyectando dicho anhelo sobre otras personas<sup>23</sup> bajo la forma de agresión en algunos casos.

### 3. LA ETAPA ORAL Y LAS MORDEDURAS

¿Cuándo –y por qué– morder se convierte en un acto violento? Los cimientos de la personalidad –en cuanto a la autoestima y el autoconcepto– se construyen en el primer año de vida, alternándose con deseos de separación, de gozar cierta autonomía que otorga la madurez psicofísica de los primeros dos años de edad<sup>24</sup>.

En la etapa o fase oral, los bebés obtienen placer a través de la boca durante los primeros cien días de vida<sup>25</sup>, y la libido se centra en goces meramente orales: comer, succionar, morder, llevarse cosas a la boca o balbucear. Para Karl ABRAHAM<sup>26</sup> esta fase se subdivide, a su vez, en dos etapas: de succión (del nacimiento hasta los seis

22. ABRAHAMSEN, D., *op. cit.*, 17.

23. MILLER, A. 2011. *El cuerpo nunca miente*. México: Tusquets Editores, 17.

24. ZÚÑIGA, V. E.; SÁNCHEZ, H. J. y ORIHUELA, D. 2010: *De frente a la violencia familiar*. México: El Colegio de la Frontera Sur. Asociación Tech Palewi y Gobierno del Distrito Federal, 67.

25. MORRISON, H. y GOLDBERG, H. 2004: *Mi vida con los asesinos en serie*. México: Océano, 38.

26. SANFELIU, I. 2002: «Karl Abraham: el Origen de la Teoría de las Relaciones Objetales». *Frenia, Revista de Historia de la Psiquiatría*, 2002, II (2): 33-59. En este interesante ensayo sobre la vida y obra del psicoanalista alemán Karl Abraham (1877-1925), discípulo de Freud, Isabel Sanfeliu desglosa la Teoría de las relaciones objetales propuesta por Abraham; teoría postfreudiana en la cual se considera al objeto como lugar de descarga de las pulsiones; también analiza, entre otras cosas, la influencia del erotismo oral en la

meses), donde las necesidades libidinales predominan para, posteriormente, mezclarse con elementos agresivos; y canibalística o sádico-oral (de los seis a los 18 o 24 meses), en la cual el niño manifiesta fantasías o deseos de morder, devorar, destruir, retener, incorporar, llenar o vaciar; esta subetapa coincide con la aparición de la primera dentición en el niño, lo que, de alguna manera, le causa cierto sufrimiento que deberá ser aliviado mordisqueando todo lo que se lleve a la boca (incluyendo el seno materno, si es que aún es amamantado). De esta manera, se considera que morder es su primera pulsión agresiva.

Si la fase oral se desarrolla adecuadamente, proporcionará la base estructural para que la persona sea independiente, dé y reciba, mostrando confianza hacia los demás y en uno mismo<sup>27</sup>. El principal conflicto de esta etapa es el destete: cuanto más difícil sea para el bebé dejar el seno materno y el placer que éste le provoca, más libido se fijará, puesto que aún no ha desplazado su interés hacia otros objetos<sup>28</sup>. La relación madre-hijo, tan cercana en el amamantamiento, se ve rota abruptamente, lo que el niño percibe como rechazo. Si queda una porción residual de esta fijación, los niños se chuparán el dedo, masticarán objetos, se morderán las uñas o comerán mucho; al llegar a la edad adulta, probablemente exhibirán características orales: masticar chicles, fumar, hurgarse los dientes, morder objetos, hablar en exceso<sup>29</sup>, excesos en el comer, beber, usar drogas o alcohol<sup>30</sup>, por mencionar algunas conductas derivadas de conflictos vividos en dicha etapa.

Durante la fase oral el niño carece de fuerza física, por lo que morder es, digamos, su única arma para defenderse o atacar<sup>31</sup>. Al morder capta la atención de quienes le rodean, y si esto le provoca una sensación placentera –o negativa, en ocasiones– es probable que, con el paso del tiempo, muerda para reclamar atención, dominar o lastimar a otros; es decir, es el sujeto quien demanda al Otro<sup>32</sup>.

Freud decía que esta etapa oral es tan importante para el ser humano que durante toda su vida nunca dejará de funcionar como un ser oral; siempre tendrá que morder para subsistir, y más si tal subsistencia causa placer. Comer, por ejemplo, es necesario

---

formación del carácter. Por ejemplo, el niño que se ve privado del goce de succionar, buscará placer en la etapa siguiente: morder; acción que Abraham consideraba como la forma más primitiva de sadismo.

27. HIKAL, W., *op. cit.*, 177.

28. Del mismo modo, si el fin «sexual» de la pulsión es inhibido, puede dar lugar a la sublimación, entendiéndose ésta como el desplazamiento de un fin sexual a uno no sexual.

29. DAVIDOFF, L. L., *op. cit.*, 517.

30. HIKAL, W., *op. cit.*, 177.

31. MORRISON, H. y GOLDBERG, H., *op. cit.*, 39.

32. CONDE-DÍAZ, M. 2004: *Psicoanálisis, medicina y salud mental*. Madrid: Editorial Síntesis, 226. Jacques Lacan, reformulando la fase oral freudiana, establece que la fijación de la libido indica la posición del sujeto en relación al Otro. Aunque el punto en común entre ambas teorías –lacaniana y freudiana– es la demanda del sujeto activo (que muerde) reclamando la atención del sujeto pasivo (el mordido).

para vivir, pero también puede resultar placentero; para otros, morder, con la finalidad de lastimar o lastimarse, puede causarles excitación<sup>33</sup>.

ABRAHAM<sup>34</sup>, por su parte, consideraba que si el niño fue excesivamente gratificado durante su etapa oral, el placer de morder como una forma primitiva de sadismo se enfatiza.

Ahora bien, ¿cómo podríamos, entonces, definir la mordedura? La mordedura es una lesión producida al presionar con los dientes distintas partes del cuerpo<sup>35</sup>, clasificándose como contusa si sólo se presionan los dientes contra la piel; incisocontusa o cortocontusa, cuando existe presión y corte como mecanismo de producción; por tracción, al existir fricción por arrastre de los dientes sobre la piel; y mixta o combinada<sup>36</sup>; puede ir acompañada, en algunos casos, de succión, de desgarre<sup>37</sup> o hasta de arrancamiento del segmento mordido si la víctima o el victimario, según sea el caso, forcejean para liberarse al ser mordidos<sup>38</sup>.

Cuando se inflige como parte de una conducta criminal, por lo general las mujeres de entre 25 y 50 años resultan las más afectadas<sup>39</sup>, dependiendo del tipo de delito que se trate; en el caso de maltrato y abuso infantil, los recién nacidos, lactantes menores y preescolares son quienes resultan más afectados por lesiones<sup>40</sup>, incluyendo las mordeduras. La agresión y la violencia se asocian al género masculino<sup>41</sup> como sujeto activo en la comisión de delitos y producción de lesiones, puesto que supone un intento de control<sup>42</sup>.

33. La oralidad, según Freud, también podía expresarse como voracidad o hambre de conocimiento.

34. SANFELIU, I., *op. cit.*, 54. Vale comparar con las teorías que, sobre oralidad, expuso la psicoanalista austriaca Melanie Klein: el pecho, más allá de constituirse en la fuente de alimento por excelencia para los bebés, es percibido como el origen mismo de la vida, la primera relación del niño con la madre que provee, así, al amamantado de un sentimiento de seguridad fuera del vientre materno. La privación del seno materno provocará en los niños un aumento de la voracidad y las ansias de perseguir para obtener. Asimismo, para Klein, la envidia es una manifestación de voracidad, casi sinónimo de «morder».

35. MOYA, P. V.; ROLDÁN, G. B. y SÁNCHEZ, J. A. 1994: *Odontología legal y forense*. 1.ª ed. Barcelona: Masson, 313.

36. Puede consultarse, al respecto: CORREA RAMÍREZ, A. I. 2001: *Estudio pericial de la huella de mordedura humana*. 1.ª ed. México: Ediciones de la Universidad Autónoma del Estado de México, 26-27.

37. De acuerdo con LOZANO y ANDRADE, O. 2007: *Estomatología forense*. 1.ª ed. México: Trillas, 144-145.

38. METCALF, R. D.; LEE, G.; GOULD, L. A. y STICKELS, J. 2010: «Bite this! The role of bitemark analyses in wrongful convictions». *Southwest J of Crim Justice*, 2010, 7 (1): 47-64.

39. Según coinciden: CHIDZONGA, M. M. 1998: «Human bites on the face. A review of 22 cases». *S. Afr. Med. J.*, 88: 150-152; RIVIELLO, R. J. 2010: *Manual of forensic emergency medicine: a guide for clinicians*. EUA: Jones and Bartlett Learning: Massachusetts, 54; y SWEET, D. y PRETTY, I. A. 2001: «A look at forensic dentistry. Part 2: teeth as weapons of violence; Identification of bitemark perpetrators». *British Dent. J.*, 2001, 190: 415-418.

40. En LOREDO ABDALÁ, A. 1994: *Maltrato al menor*. 1.ª ed. México: Interamericana-McGraw Hill, 19.

41. Ver: SWEET, D. y PRETTY, I. A., *op. cit.*, 416.

42. Para Enrique Echeburúa y Paz de Corral, los maltratadores suelen ser los hombres y las víctimas, mujeres, niños y personas de la tercera edad; es decir, los sujetos más vulnerables tanto en el seno familiar como en la sociedad en general. Asimismo, enfatizan que no es casual que el término criminal sea masculino

De interés criminalístico y criminológico resulta el determinar si las mordeduras en cadáveres se produjeron antes, durante o después de la muerte; en vivos, si se produjeron como resultado de la defensa ante un ataque o si un sujeto, para incriminar a otro, se las causó a sí mismo. Jurídicamente, en personas vivas interesa estimar el tiempo que tardan en sanar dichas lesiones; si la mordedura, al infectarse, pone en riesgo la vida del agredido; si dejará cicatriz permanente y ello, en algún momento, interferirá con la autoestima del lesionado –según la zona corporal afectada– o, en caso de existir amputación del segmento mordido, si la lesión causará incapacidad para realizar las actividades cotidianas o laborales, entre otras.

#### 4. CLASIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE LAS MORDEDURAS

Una huella de mordedura puede hablarnos de la intención del agresor o de una falta de control de la situación en la que éste se vea inmerso; es por eso que las mordeduras, al evaluar el contexto en el que se realizaron, la intensidad aplicada al producirlas y la zona del cuerpo donde se hallan, dan cuenta también de la personalidad tanto del victimario como de la víctima. Por tanto, podríamos clasificar las huellas de mordedura para su estudio como sigue:

a) Según el contexto: Las mordeduras pueden clasificarse como: ofensivas, defensivas, erótico-sexuales y automutilantes (o autoinfligidas). Según la relación existente con la dinámica que dio origen al acto delictivo, pueden hallarse en: riñas, maltrato a menores, maltrato a mujeres, violencia sexual, homicidio u otros<sup>43</sup>. De esta manera es posible encontrar mordeduras de tipo defensivo en sujetos que maltratan a mujeres, erótico-sexuales en violaciones, autoinfligidas en riñas, etcétera. Es decir, tanto la clasificación como la dinámica se refieren al contexto en el cual se produjo la lesión por mordedura. Analizar el contexto es importante al realizar un peritaje, ya que en algunas culturas se tiende a morder a la pareja por celos, sin necesidad de que se realice acto sexual alguno<sup>44</sup>; o como parte de algún ritual.

- Ofensivas: Conocidas también como mordeduras de ataque, se producen durante peleas, donde los dientes juegan el papel de un arma extra que refuerza la acción de golpear con los puños o patear. Generalmente se encuentran en ataques de índole sexual hacia la víctima con el fin de someterla, aunque hay

---

y el de víctima sea femenino. ECHEBURÚA, E. y DE CORRAL, P. 2002: «Violencia en la pareja». En Javier Urra (coord.): *Tratado de psicología forense*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 377-397.

43. En ello coinciden MOYA *et al.*, *op. cit.*, 313; CORREA RAMÍREZ, *op. cit.*, 38; y LOZANO y ANDRADE, *op. cit.*, 145.

44. Véase CHIDZONGA, M. M., *op. cit.*, 152.

casos en los que se lesiona a la víctima por resistirse ésta a ser asaltada, o por celos<sup>45</sup>, con la intención de desfigurar a la pareja; las estadísticas demuestran que el varón prefiere morder los senos y las piernas de sus víctimas, mientras que cuando son las mujeres quienes atacan dejan la huella de su mordedura en los brazos y manos de la persona agredida<sup>46</sup>. Si la víctima tiende a protegerse usando los brazos para ello, es en este segmento corporal donde se pueden encontrar lesiones por mordedura hechas por el victimario, combinadas con desgarramiento de la piel.

En infantes, las mordeduras tienden a ser infligidas como forma de castigo, ya sea por llorar o quejarse: labios, mejillas, brazos, espalda, glúteos y, en algunos casos, genitales<sup>47</sup> son las zonas elegidas; cuando la agresión es crónica, pueden coexistir huellas de mordedura recientes con antiguas, algunas ya cicatrizadas, localizadas en otras partes del cuerpo.

- Defensivas: Las lesiones provocadas por los dientes de la víctima con la intención de defenderse del ataque de su agresor se caracterizan, en la mayoría de los casos, por una fuerte presión de las arcadas dentarias sobre la superficie corporal del victimario; de esta manera, se asegura una sujeción que cause dolor en el segmento corporal mordido. Si el agresor intenta liberarse de quien le muerde, es común hallar huellas de mordedura bastante definidas en manos, brazos, cuello y muslos, debido al forcejeo para someter físicamente al agredido.
- Erótico-sexuales: Tratados como el *Kama Sutra*<sup>48</sup> describen metafóricamente los tipos de mordedura que los amantes pueden hacerse como parte de los prolegómenos al acto sexual o, incluso, durante el mismo, sin la intención de causar daño; es decir, la práctica se limita a provocar placer<sup>49</sup>, con el consentimiento de las personas que intervienen en el acto; en algunos versos se hace alusión a morder o dejarse morder salvajemente a fin de incrementar el placer; pero, aun así, no existe dolor al morder, puesto que la intención no es lastimar a la pareja. La presión al morder, podría decirse, no es excesiva en estos casos: si bien es posible distinguir la forma de las caras

45. CHIDZONGA, M. M., *op. cit.*, 151 y 152.

46. Léase: MOYA *et al.*, *op. cit.*, 313; CHIDZONGA, M. M., *op. cit.*, 151; RIVIELLO, R. J., *op. cit.*, 55 y SWEET y PRETTY, *op. cit.*, 416.

47. LOREDO ABDALÁ, A., *op. cit.*, 25.

48. ANÓNIMO, 1999: *Kama Sutra y Ananga Ranga*. 2.ª ed. Barcelona: Plaza y Janés, 81-82.

49. El capítulo del *Kama Sutra*, «Acerca del mordisco y de los modos de amor que se han de emplear con las mujeres de los distintos países», indica que todas las partes corporales son susceptibles de morderse, excepto el labio superior, el interior de la boca y los ojos; establece ocho clases de mordiscos y las partes del cuerpo en que éstos se aplican.

masticatorias de los dientes (acompañadas probablemente de sugilaciones<sup>50</sup>), la lesión no va más allá de una simple contusión.

En los casos de violencia sexual no existe, por parte de la persona sometida, el consentimiento para realizar el acto sexual; este tipo de violencia puede darse entre desconocidos, en el noviazgo, en el matrimonio, entre familiares o hacia menores de edad. Si el agresor muerde a su víctima lo hará como expresión de dominio, rabia o como reacción a una fase oral básica y primitiva<sup>51</sup>; lo que, probablemente, vendría a demostrar la teoría de Karl ABRAHAM en cuanto a que pueden existir vestigios de la subetapa canibalística de la fase oral al morder durante agresiones de tipo sexual; probablemente bajo este criterio ubicaríamos la figura del sádico sexual –analizada por Paolo DE PASQUALI– que tortura, mutila y mata a su víctima<sup>52</sup>: las huellas de mordedura se presentan bien definidas y marcadas, debido a una presión excesiva sobre la piel de la víctima, llegando a arrancar, en el clímax del acto sexual, el segmento corporal mordido, como si la intención fuese devorar a la víctima.

Si es un menor de edad el agredido sexualmente, la mordedura tenderá a producirse para acallar llantos y gritos, o para someter a la víctima; debido a la superioridad física del atacante, es común que, de morder al menor, las lesiones abarquen desde la cara hasta los genitales, muslos y glúteos<sup>53</sup>.

En relación al hecho delictuoso de que se trate, la dinámica de producción de las mordeduras varía según la conducta del agresor o del agredido durante la comisión de un acto delictuoso. Los delitos (entendiéndose como actos u omisiones que sancionan las leyes penales) en los cuales comúnmente es posible encontrar huellas de mordedura tanto en víctimas como victimarios son los de índole sexual, ahora catalogados en el Código Penal mexicano como Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual<sup>54</sup>, tales como: hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación, e incesto.

Conviene definir, de acuerdo al Código Penal Federal vigente en México, lo que es considerado como lesión: no solamente las heridas, excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos

50. Ruptura de capilares de la piel (equimosis), producidas por succión.

51. En ello coinciden también, de alguna manera, MORRISON, H. y GOLDBERG, H., *op. cit.*, 38, y SWEET, D. y PRETTY, I. A., *op. cit.*, 415.

52. Ampliamente descrito por DE PASQUALI, P. 2004: *Serial killer in Italia: Un'analisi psicologica, criminologica e psichiatrico-forense*. 3.ª ed. Milán: Franco Angeli.

53. De acuerdo con: RIVIELLO, R. J., *op. cit.*, 55; LOREDO ABDALÁ, A., *op. cit.*, 25, y WAGNER, G. N. 1986: «Bitemark identification in child abuse cases». *Pediatric Dentistry*, 1986, 8 (1): 96-100.

54. Véase Título Decimoquinto, capítulos Primero, Tercero y Quinto del *Código Penal Federal*, última reforma publicada el 7 de junio de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación* (México).

por una causa externa. Una lesión por mordedura, de acuerdo a la definición previamente expuesta, deja huella material en el cuerpo humano, se produce por causa externa y puede ser contusa o dejar excoriaciones. Recuérdese que, cuando una persona recurre a la violencia, lo hace con el fin de obtener poder<sup>55</sup>, por lo que el homicidio, el infanticidio y la violencia familiar, agrupados en el Código Penal Federal mexicano bajo el título de Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal<sup>56</sup>, son actos en los que también hallamos frecuentemente huellas de mordedura asociadas a violencia ejercida sobre el cuerpo humano.

Igualmente, la Norma Oficial Mexicana (NOM) 046-SSA2-2005: Violencia Familiar, Sexual y Contra las Mujeres<sup>57</sup> considera las lesiones –incluiriámos, obviamente, las huellas de mordedura– como uno de los indicadores físicos de violencia.

En la dinámica de la conducta sexual violenta se encuentran dos elementos importantes: la particular sexualidad del individuo y el comportamiento de la –probable– víctima<sup>58</sup>; partiendo de este punto, en un acto violento podrían participar elementos sexuales debido a conflictos originados, durante la niñez del agresor, entre el ambiente y el mundo interior; es decir, entre el sentido de autoconservación y los impulsos sexuales infantiles mencionados por ABRAHAMSEN<sup>59</sup>. De ahí que las relaciones íntimas adultas matizadas de rabia y odio probablemente puedan tener su origen en traumas maternoinfantiles tempranos<sup>60</sup>. Por otra parte, algunos individuos se complacen, sin llegar a cometer violación, en herir ya sea a una mujer o a un menor de edad: se muerde a la víctima a fin de someterla y así vencer su resistencia. Cuando el autor de la agresión resulta ser un celotípico, éste, al sentirse herido en su autoestima, cree tener derecho de posesión sobre otra persona –sea o no su pareja–, por lo que al morder se restablece, de alguna manera, su propia estima<sup>61</sup>.

b) Según la zona corporal lesionada: Al criminalista, al médico y al odontólogo forense les interesa por mucho conocer el mecanismo de producción de la lesión para poder determinar la posición víctima-victimario o diferenciar si la persona se mordió a sí misma, entre otros datos. De interés resultaría conocer por qué la predilección del agresor por morder ciertas zonas del cuerpo de la víctima o por qué un individuo se inflige sus lesiones; pocas veces se consulta a un criminólogo, por ejemplo, para que se encargue de elaborar un perfil tanto del probable agresor como de la víctima lesionada en

55. ABRAHAMSEN, D., *op. cit.*, 19.

56. *Ibidem*, Título Decimonoveno, capítulos Primero al Octavo.

57. Norma Oficial Mexicana (NOM) 046-SSA2-2005: Violencia familiar, sexual y contra las mujeres, criterios para la prevención y atención. *Diario Oficial de la Federación*, 16 de abril de 2009.

58. MARCHIORI, H. 1977: *Psicología criminal*. 2.<sup>a</sup> ed. México: Porrúa, 42.

59. ABRAHAMSEN, D., *op. cit.*, 19.

60. ZÚÑIGA, V. E. *et al.*, 67.

61. MARCHIORI, H., *op. cit.*, 18.

base al estudio (interdisciplinario, como se ha enfatizado) de las huellas de mordedura y la parte del cuerpo en la que están presentes.

De todas las regiones corporales susceptibles de ser mordidas, la cara es, por mucho, la región más afectada y donde, a su vez, predominan las lesiones en labio inferior, orejas, nariz, mentón y párpados –aunque inusual, se tienen casos registrados de mordeduras en el párpado inferior<sup>62</sup>. Es decir, la parte del cuerpo humano con la que nos identificamos ante los demás, la que mostramos a la gente y la que expresa mejor nuestras emociones es la más susceptible de ser mordida, con la intención de desfigurarla y de dejar cicatrices visibles como manifestación de violencia.

Los senos, incluyendo algunas veces el pezón; el cuello, la espalda, los muslos, el abdomen, los glúteos, el pubis y la vulva son las zonas preferidas por el agresor para someter a mujeres<sup>63</sup>; si el hombre es quien recibe la agresión, su atacante prefiere mordele el cuello, orejas, espalda, axilas, abdomen y pene<sup>64</sup>.

Las partes prominentes del cuerpo, como nariz, orejas, mejillas, mentón, labios, al igual que las manos y los brazos son, bajo circunstancias defensivas, los sitios en los cuales la víctima muerde a su agresor<sup>65</sup>.

En el caso del síndrome de niño maltratado, debido a que las huellas suelen hallarse en partes ocultas por ropa –puesto que el atacante no quiere que los demás descubran que maltrata al menor–, las lesiones se localizarán generalmente en tórax, abdomen, espalda, genitales y glúteos<sup>66</sup>.

La predilección del victimario por morder alguna zona específica del cuerpo del agredido hace que, de repetirse la agresión hacia otras personas, la huella de mordedura se convierta, gracias a su ubicación corporal en las víctimas, en la marca personal del agresor; es decir, también las mordeduras formarían parte del *modus operandi* del victimario, por lo que resultarían útiles al elaborar perfiles criminológicos en tales casos.

Sin embargo, aquí es importante determinar si la lesión fue causada por el victimario o por la víctima misma, para lo cual se analizará si las huellas de mordedura pueden clasificarse como:

- Automutilantes o autoinfligidas: Es importante diferenciar cuándo la persona se causa a sí misma estas lesiones; en odontología forense, según la localización

62. Una parte del rostro de difícil acceso para ser mordida, como bien apuntan RATHNAWEERA, R. H. A. I. y VIDANAPATHIRANA, M. 2008: «An alleged case of unusual human bite». *Galle Med. J.*, 13 (1): 74-75.

63. Dos estudios coinciden en ello: SWEET, D. y PRETTY, I. A., *op. cit.*, 416, y RATHNAWEERA, R. H. A. I. y VIDANAPATHIRANA, M., *op. cit.*, 74. Probablemente por ser también zonas sensibles, son las elegidas para causar dolor, acallar y someter.

64. MOYA *et al.*, *op. cit.*, 313, y RIVIELLO, R. J., *op. cit.*, 55.

65. Según: MOYA *et al.*, *op. cit.*, 313; CORREA RAMÍREZ, A. I., *op. cit.*, 38; RIVIELLO, R. J., *op. cit.*, 55; y SWEET, D. y PRETTY, I. A., *op. cit.*, 416.

66. En algunos casos se han podido hallar tanto lesiones (huellas de mordedura) antiguas como recientes en una misma zona anatómica; respecto de los sitios corporales elegidos para infligir mordeduras en niños, véase: Moya *et al.*, *op. cit.*; LOREDO ABDALÁ, A., *op. cit.*, 25, y WAGNER, G. N., *op. cit.*, 97.

corporal de la huella y sus particularidades –que permitan efectuar comparaciones posteriores– es como se establece tal diferenciación. La intención de la persona que se muerde a sí misma para inculpar a un individuo inocente como responsable de agresión podría ser analizada por un criminólogo, psiquiatra o psicólogo forense. Asimismo, las lesiones autoinfligidas pueden hallarse en pacientes con diagnóstico de trastorno del humor, ansiedad, abuso o dependencia de sustancias y trastorno de la conducta alimentaria<sup>67</sup>, aludiendo a conflictos durante la etapa oral del desarrollo de la psicosexualidad o a ciertas patologías en las que es posible morderse alguna parte del cuerpo.

Los niños, por ejemplo, pueden causarse lesiones por mordedura al chuparse el labio inferior con fuerza, al morderse las uñas o los nudillos de los dedos y dorso de la mano, sobre todo si tratan de reprimir alguna emoción.

c) Según la presión ejercida con los dientes al morder: Al analizar una huella de mordedura, al odontólogo le interesa conocer también la cronología de la lesión, puesto que la duración y nitidez de la huella dependen de la fuerza aplicada y la extensión del tejido dañado. Por ejemplo, en sujetos vivos, las huellas por contusión duran hasta 36 horas después de producidas, dependiendo del grosor del tejido o la zona corporal afectada<sup>68</sup>.

La fuerza de una mordedura humana va de los 77 a los 120 kilogramos por centímetro cuadrado, aunque la presión ejercida al morder depende de factores tales como: la zona mordida; si el atacante aplica demasiada presión o si manifiesta atrofia en los músculos de la masticación; si cuenta con prótesis dentales o con dentadura natural completa; del sentimiento que representa el morder, del placer que le provoca; la intención del atacante; la desesperación y movimientos de la víctima al defenderse, entre otros.

Generalmente, la ira, el coraje, la ansiedad o la excitación provocan que las mordeduras sean causadas con fuerza, en comparación con las lesiones apenas marcadas y en las que se puede inferir que la intención no era lastimar; es decir, se habla de una relación existente entre la ansiedad, la rabia y los deseos de canibalismo, teoría que Karl ABRAHAM postulara para reconocer que la ansiedad se origina en los impulsos agresivos; ansiedad-agresión que, en cierta manera, se reproduciría al momento de morder con fuerza; es decir, con violencia.

No menos importante resulta analizar la relación existente entre víctima y victimario: familiar, de pareja, ocasional o ninguna, ya que la violencia manifestada cuando existen lesiones por mordedura es diferente; así, el agresor puede considerar a la víctima como objeto o como persona.

67. Según KLONSKY, E. D. 2010: «Funciones de las lesiones autoinfligidas en adultos jóvenes que se cortan: clarificación de las evidencias para la regulación del afecto». *Psiqu. Biol.*, 2010, 17 (2): 63-70.

68. MOYA *et al.*, *op. cit.*, 314.

Como último punto, algo que también es factible de ser analizado bajo la óptica criminológica es cuando el victimario tiende a morder como reacción impulsiva derivada de un evento traumático vivido en algún momento de su vida; es decir, un trastorno de ansiedad –conocido como trastorno de estrés postraumático– que pudo desarrollar después de haber experimentado o haber sido testigo de un suceso durante el cual sintió miedo intenso, desesperanza u horror, tal como un abuso físico, sexual o maltrato<sup>69</sup>. En el otro extremo, en el caso de la víctima sobreviviente que sufrió de violencia y fue mordida por su agresor, puede darse el caso de que relacione la huella de mordedura con la agresión y la violencia, reexperimentando, de alguna manera, el trauma vivido. De conducir adecuadamente un interrogatorio para allegarnos de información útil en estos casos, además de recrear la posición víctima-victimario, importante para otras disciplinas forenses, se puede analizar el contexto bajo el cual se provocó la lesión por mordedura. No hay que olvidar que la huella de mordedura constituye, de algún modo, un vínculo entre la víctima y su victimario.

## 5. CONCLUSIÓN

La huella de mordedura analizada desde el punto de vista criminológico puede aportar datos que complementen el estudio de la personalidad de un victimario (*modus operandi* o conflictos no superados desde la infancia), determinando el vínculo entre las lesiones por mordedura y las experiencias vividas por el agresor durante su niñez –concretamente, en la etapa oral–, a fin de descartar la presencia de patologías físicas o mentales que influyan en la producción de dichas lesiones; de ahí que el criterio del odontólogo forense en cuanto al estudio de la huella de mordedura pueda auxiliar al criminólogo, al psiquiatra y al psicólogo forense a interpretar conjuntamente el complejo mundo de la personalidad de quien, bajo diversas circunstancias, emplea su dentadura como expresión de violencia manifestada sobre el cuerpo humano.

69. AZCÁRATE, M. A. 2007: *Trastorno de estrés postraumático. Daño cerebral secundario a la violencia*. España: Díaz de Santos, 3. Asimismo, citando nuevamente a Abrahamsen, algunas personas reprimidas –desde su niñez– reaccionan exageradamente a las frustraciones o conflictos emocionales leves que no pueden controlar, ya que frecuentemente tienden a evocar incidentes traumáticos en los que sintieron afectivamente desamparados, amenazados o coléricos (ABRAHAMSEN, D., *op. cit.*, 18). De ahí que una manifestación de ira en estos sujetos sea el morder, puesto que las vivencias traumáticas sufridas influirán en los conceptos de amenaza o peligro que se formen, reaccionando violenta y exageradamente ante cualquier situación «amenazadora o peligrosa» para ellos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAHAMSEN, D. 1976: *La mente asesina*. 1.ª ed. México: Fondo de Cultura Económica.
- ANÓNIMO. 1999: *Kama Sutra y Ananga Ranga*. León-Ignacio (trad.). 2.ª ed. Barcelona: Plaza y Janés.
- AZCÁRATE, M. A. 2007: *Trastorno de estrés postraumático. Daño cerebral secundario a la violencia*. España: Díaz de Santos.
- CHIDZONGA, M. M. 1998: «Human bites on the face. A review of 22 cases». *S. Afr. Med. J.*, 1998, 88: 150-152, <http://archive.samj.org.za/1998%20VOL%2088%20Jan-Dec/1-4/Articles/02%20February/11%20HUMAN%20BITES%20OF%20THE%20FACE.%20A%20REVIEW%20OF%2022%20CASES,%20Midion%20M%20Chidzonga.pdf> [26 de enero de 2011].
- CONDE-DÍAZ, M. 2004: *Psicoanálisis, medicina y salud mental*. Madrid: Editorial Síntesis.
- CORREA RAMÍREZ, A. I. 2001: *Estudio pericial de la huella de mordedura humana*. 1.ª ed. México: Ediciones de la Universidad Autónoma del Estado de México.
- DAVIDOFF, L. L. 1989: *Introducción a la psicología*. 3.ª ed.: México: McGraw Hill.
- DE PASQUALI, P. 2004: *Serial killer in Italia: Un'analisi psicologica, criminologica e psichiatrico-forense*. 3.ª ed. Milán: Franco Angeli.
- ECHEBURÚA, E. y DE CORRAL, P. 2002. «Violencia en la pareja». En Javier Urra (coord.): *Tratado de psicología forense*. Madrid: Siglo XXI de España Editores.
- HIKAL, W. 2009: *Criminología psicoanalítica, conductual y del desarrollo*. 1.ª ed. México: Flores Editor y Distribuidor.
- HOLAHAN, C. J. 2009: *Psicología ambiental: un enfoque general*. 1.ª ed.: México: Limusa.
- KLONSKY, E. D. 2010: «Funciones de las lesiones autoinfligidas en adultos jóvenes que se cortan: clarificación de las evidencias para la regulación del afecto». *Psiqu. Biol.*, 2010, 17 (2): 63-70.
- KRAUS, A. 1996. En J. Guerrero: *La génesis del crimen en México*. México: Ediciones del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.
- LÓPEZ-VERGARA, J. 2002: «Técnicas de Estudio Interdisciplinario de Personalidad». En J. López Vergara y J. P. De Tavira: *Diez Temas Criminológicos*. México: INACIPE.
- LOREDO ABDALÁ, A. 1994: *Maltrato al menor*. 1.ª ed. México: Interamericana-McGraw Hill.
- LOZANO y ANDRADE, O. 2007: *Estomatología forense*. 1.ª ed. México: Trillas.
- MARCHIORI, H. 1977: *Psicología criminal*. 2.ª ed. México: Porrúa.
- MENDOZA-BEVIDE, A. P. 2006: *Psiquiatría para criminólogos y criminología para psiquiatras*. 1.ª ed. México: Trillas.
- METCALF, R. D.; LEE, G.; GOULD, L. A. y STICKELS, J. 2010: «Bite this! The role of bitemark analyses in wrongful convictions». *Southwest J. of Crim. Justice*, 2010, 7 (1): 47-64.
- MILLER, A. 2011: *El cuerpo nunca miente*. Martha Torent-López de Lamadrid (trad.). México: Tusquets Editores.
- MIRALLES, T. 1982: *Métodos y técnicas de la criminología*. 1.ª ed. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- MORRISON, H. y Goldberg, H. 2004: *Mi vida con los asesinos en serie*. Gemma Deza-Guil (trad.). México: Océano.
- MOYA, P. V.; ROLDÁN, G. B. y SÁNCHEZ, J. A. 1994: *Odontología legal y forense*. 1.ª ed. Barcelona: Masson.
- OSTROSKY-SOLÍS, F. 2008: *Mentes asesinas: la violencia en tu cerebro*. 1.ª ed. México: Hachette Filipacchi.
- PLATA-LUNA, A. 2011: *Criminología, criminalística y victimología*. 4.ª reimp. México: Oxford University Press.

Lizbeth de las Mercedes Rodríguez  
La huella de mordedura humana  
como manifestación de violencia:  
una aproximación criminológica

Ars Iuris Salmanticensis,  
vol. 1, diciembre 2013, 97-114  
eISSN: 2340-5155  
© Ediciones Universidad de Salamanca

- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. 2003: *Guías Metodológicas de las Especialidades Periciales*. México: PGR-INACIPE.
- RAFTER, N. 2005: «The murderous Dutch fiddler: criminology, history and the problem of phrenology». *Theoretical Criminology*, 9 (1): 65-96, <http://www.sagepub.com/tibbetts/study/articles/SectionIII/Rafter.pdf> [15 de agosto de 2013].
- RATHNAWEERA, R. H. A. I. y VIDANAPATHIRANA, M. 2008: «An alleged case of unusual human bite». *Galle Med. J.*, 13 (1): 74-75, <http://www.sjoi.info/index.php/GMJ/article/view/909> [2 de julio de 2010].
- RIVIELLO, R. J. 2010: *Manual of forensic emergency medicine: a guide for clinicians*. Massachusetts, EUA: Jones and Bartlett Learning.
- SANFELIU, I. 2002: «Karl Abraham: el origen de la teoría de las relaciones objetales». *Frenia, Revista de Historia de la Psiquiatría*, 2002, II (2): 33-59.
- SPECKMAN-GUERRA, E. 2007: *Crimen y castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia: Ciudad de México, 1872-1910*. 1.ª reimp. México: El Colegio de México/UNAM-Instituto de Investigaciones Históricas.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 2011: *Temas selectos de Derecho familiar, n.º 3: Violencia familiar*. 1.ª reimp. México: Ediciones de la SCJN.
- SWEET, D. y PRETTY, I. A. 2001: «A look at forensic dentistry. Part 2: teeth as weapons of violence; Identification of bitemark perpetrators». *British Dent. J.*, 2001, 190: 415-418.
- TIBÓN, G. 1984: *El mundo secreto de los dientes*. 3.ª ed. México: Editorial Posada.
- TOCAVÉN-GARCÍA, R. 1991: *Elementos de criminología infanto-juvenil*. México: Porrúa.
- TRUJILLO-MARIEL, P. R. L. 2005: *La historia clínica criminal*. México: Alfil.
- WAGNER, G. N. 1986: «Bitemark identification in child abuse cases». *Pediatric Dentistry*, 1986, 8 (1): 96-100.
- ZÚÑIGA, V. E.; SÁNCHEZ, H. J. y ORIHUELA, D. 2010: *De frente a la violencia familiar*. México: El Colegio de la Frontera Sur, Asociación Tech Palewi y Gobierno del Distrito Federal.

## LEGISGRAFÍA

- MÉXICO. Código Penal Federal. *Diario Oficial de la Federación* del 7 de junio de 2013 (última reforma).
- MÉXICO. Norma Oficial Mexicana (NOM) 046-SSA2-2005: Violencia Familiar, Sexual y Contra las Mujeres, Criterios para la Prevención y Atención. *Diario Oficial de la Federación* del 16 de abril de 2009.

# El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas

Gustavo J. Schötz\*

## Resumen

El *favor debilis* es un principio de aplicación a todo tipo de relaciones jurídicas, informándolas y sirviendo de pauta interpretativa. Junto a las tradicionales aplicaciones en las relaciones laborales, derecho penal, protección del consumidor o de la niñez, conviene analizar de modo general su operatividad en Derecho Internacional Privado. Su consideración tendrá impacto en la asignación de jurisdicción, en la determinación del derecho aplicable en las calificaciones, ya sea en un caso concreto o ante la necesidad de establecer un marco protectorio para una categoría de sujetos. La regulación de las relaciones de consumo transfronterizas deberá fundamentarse en este

## Abstract

*Favor debilis* is a principle of application to all types of legal relations, informing them and serving of interpretative guideline. Together with the traditional applications in labor relations, criminal law, protection of the consumer or of children, it could be convenient to analyze its general operability in Private International Law. Its consideration will have impact on the allocation of jurisdiction in the determination of the applicable law and califications either in a case or the need to establish a framework grounded for a category of subjects. The regulation of cross-border consumer relations should be based on this principle and legal operators

\* Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Profesor Asociado Nivel I, Cátedras de Derecho Internacional Privado, Contratos Civiles y Comerciales y Propiedad Intelectual. Director de la Maestría en Propiedad Intelectual, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: gschotz@austral.edu.ar.

principio y los operadores jurídicos deberán tenerlo en cuenta para resolver diversas situaciones, como la elaboración o la interpretación de los contratos. También será de aplicación a situaciones particulares, como los daños por productos defectuosos, o el acceso a tribunales arbitrales o procesos colectivos.

**Palabras clave:** Derecho Internacional Privado, Protección del consumidor, Principios generales del derecho, *Favor debilis in dubio pro consumptore*, Daños, Productos defectuosos, Relación de consumo, Relación de consumo transfronteriza.

*should take it into account to solve different situations, such as the drafting or interpretation of contracts.*

**Key words:** International Private Law, Consumer protection, General principles, *Favor debilis in dubio pro consumptore*, Torts, Defective products, Consumer relationship, International consumer relationship.

## 1. EL FAVOR DEBILIS COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

FINNIS afirma que es un principio general del derecho el que al «estimar los efectos jurídicos de supuestos actos jurídicos, los sujetos débiles han de ser protegidos de su debilidad»<sup>1</sup>. Este principio ha sido acuñado históricamente a partir del *favor debitoris*, como un modo de atenuar las obligaciones pecuniarias cuando el centro del sistema jurídico estaba puesto sobre la persona, en la época que era posible ejercitar la fuerza sobre el deudor y su familia, pudiendo el acreedor obligarlos a trabajar para sí<sup>2</sup>.

Modernamente se expandió de allí a otras disciplinas: a favor de la liberación del deudor *contra stipulatorem*, en los casos de oscuridad de la redacción de cláusulas a cargo del

1. FINNIS, John. 1980: *Ley Natural y Derechos Naturales*. Traducción castellana de Cristóbal Orrego Sánchez de *Natural law and natural rights*, 2000. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 315.

2. Cfr. LORENZETTI, R. 2003: *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 13-14. Este autor cita como norma expresiva del principio *contra stipulatorem* al Digesto, Libro 45, Tít. 1, ley 38, párr. 19: *verba contra stipulatorem interpretanda sunt*. Por su parte, Spota, cita a ULPiano, Digesto, Lib. 50, Tít. 17, ley 9: *semper in obscuris, quod minimum est sequimur*. Cfr. SPOTA, Alberto Gaspar. 1974: *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, vol. II. Buenos Aires: Depalma, 111. De acuerdo a Fernández y Gómez Leo, para el caso de duda ante los usos y costumbres, se deberán adoptar los que resulten menos gravosos para el deudor, de acuerdo al principio de interpretación de los contratos contenido en el Digesto, Libro 44, Tít. 7, ley 47. Cfr. FERNÁNDEZ, Raymundo L.; GÓMEZ LEO, Osvaldo R.; AICEGA, María Valentina. 2007: *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*. Tomo I-A, 2.ª edición. Buenos Aires, n.º 45, en nota 976. Por su parte, Canaris y Grigoleit mencionan otra fuente del derecho romano: «Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est». Cels. D. 34, 5, 26. CANARIS, Claus-Wilhelm y GRIGOLEIT, Hans Christoph. 2004: «Interpretation of Contracts». En Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman (coords.): *Towards a European civil code*. Nijmegen, 461. A su vez, Dalmacio Vélez Sársfield, en la nota al art. 1854 del CC, considera como parte del «espíritu de las leyes» que en caso de duda se debe interpretar a favor de la libertad y no a favor de las obligaciones personales.

predisponente<sup>3</sup>; *favor libertatis*, en el Derecho Penal<sup>4</sup>. De acuerdo a LORENZETTI, esto luego fue trasvasado del derecho obligacional a ciertas categorías de sujetos que compartían una situación estructural en relaciones jurídicas de características comunes al conjunto<sup>5</sup>. Allí se inserta, por ejemplo, el *in dubio pro operario*<sup>6</sup>, o las pautas contractuales favorables a locatarios<sup>7</sup>, adquirentes de lotes<sup>8</sup>, o actos discriminatorios<sup>9</sup>. En todos los casos puede advertirse un cambio de perspectiva, donde la persona ocupa el lugar central del sistema jurídico. En las relaciones privadas internacionales con parte débil, también hallamos el principio en la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV)<sup>10</sup>. Encontramos otra aplicación en el principio *favor auctoris*, o *in dubio pro auctoris*, ya que se supone que el autor (persona física) suele ser la parte débil en su relación con los editores o distribuidores, o incluso frente a los titulares de derechos conexos<sup>11</sup>.

En el contexto del comercio internacional, el principio *contra stipulatorem* es muy relevante. Los Principios UNIDROIT lo expresan en el art. 4.6: «(Interpretación *contra proferentem*) Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte»<sup>12</sup>. Y en el ámbito

3. Cfr. art. 218, inc. 7 CCom.

4. Un ejemplo de aplicación de este principio es la admisión de la costumbre en la parte general del Derecho Penal, *in bonam partem*. Así, puede extenderse una eximente legal como causa de justificación, causa de inculpabilidad o excusa absolutoria por un uso reiterado y constante de la jurisprudencia. Cfr. BACIGALUPO, Enrique. 1998: *Manual de Derecho Penal*. Cuarta reimpression. Bogotá: Temis, 38.

5. Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, 15. También LORENZETTI, Ricardo. 1994: «El derecho privado como protección del individuo particular». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1994, n.º 7, El Derecho Privado en la reforma constitucional, Rubinzal Culzoni Editores, 53 y ss.

6. Arts. 8 y 9 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, para la aplicación de las condiciones más favorables contenidas en un convenio colectivo o la interpretación de las leyes y convenios del modo más favorable al trabajador, respectivamente.

7. Art. 1 de la Ley 23.091 de locaciones urbanas, en cuanto al plazo mínimo computable para el contrato no celebrado por escrito, como elemento de todo un sistema general favorable a los locatarios.

8. Art. 1185 bis CC, introducido por la Ley 17.711. Alterini y López Cabana traen otros ejemplos de la consideración de la parte débil en los contratos, y también en los casos de reparación por daños. Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. 1989: «La debilidad jurídica en la contratación contemporánea». *DJ*, 1989-1, 817.

9. Ley 23.592, art. 1. Los sujetos pertenecientes a minorías raciales, religiosas, nacionales, etc., presentan una particular debilidad.

10. Artículo 6: «Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor: a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor».

11. Cfr. VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia. 2001: *El Derecho de Autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 150-151. Los autores citan el art. 257 de la Ley colombiana de derecho de autor: «En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de esta ley, se aplicará la más favorable para el titular de los derechos de autor».

12. Es la versión en español que trae BONELL, Michael Joachim. 1997: *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit Principles o International Commercial Contracts*. New York: Second enlarged Edition, Transnational Publishers, 373.

comunitario, ya dentro de la protección del consumidor, el art. 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidor, se expresa en idéntico sentido<sup>13</sup>.

En el Derecho Privado el *favor debitoris* será siempre una orientación clara para la interpretación de la ley, en cuanto persigue una finalidad de justicia, restableciendo el equilibrio entre las partes, al presumir que el deudor suele ser, en la mayoría de los casos, la parte más débil de la relación jurídica<sup>14</sup>. Aunque esto debe ser considerado relativamente, ya que en muchos supuestos será el acreedor la parte débil, como el caso del asegurado consumidor<sup>15</sup>. Tampoco se verá beneficiado el deudor cuando se encuentre en mora o su conducta haya sido culposa o ilícita<sup>16</sup>.

Cabe hacer una aclaración: el *favor debilis* y el *contra stipulatorem* no son equivalentes. El segundo tiene aplicación ante situaciones dudosas, cuando el intérprete tiene ante sí dos posibles soluciones, y debe elegir aquella que afecte menos los derechos de quien ha propuesto la cláusula oscura, o bien que favorezca al deudor, o al consumidor en nuestro caso<sup>17</sup>. El *favor debilis* por el contrario, si bien puede tener una función interpretativa, su aplicación es más amplia, y sustenta la fundamentación misma de la norma o la solución. Este principio, tanto en su enunciación como en su aplicación concreta a distintas situaciones jurídicas, es predicable universalmente<sup>18</sup>.

El reconocimiento del *favor debilis* como principio general del derecho tiene importancia práctica. En primer lugar debido a que como todo principio es una fuente del derecho, tanto en el régimen actual como en el proyectado Código Civil y Comercial

13. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, art. 5: «En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. [...]».

14. Cfr. MOISSET DE ESPANES, Luis y TINTI, Guillermo, 2003: «El consumo, el derecho del consumidor y la regla *favor debitoris*». En Ricardo Lorenzetti y Gustavo Schötz (coords.): *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Ábaco, 99-111, en 109.

15. Lo mismo consideran CANARIS y GRIGOLEIT, «Interpretation of Contracts», 462.

16. Cfr. MOISSET DE ESPANÉS y TINTI, «El consumo, el derecho del consumidor y la regla *favor debitoris*», 110-111.

17. Cfr. RINESSI, Juan Antonio. 2006: *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea, 164-168. Se concreta en el art. 37 LDC: «La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa».

18. Así se lo propuso en las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 2.ª, Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 1985. «I. La regla *favor debitoris* es un precepto residual, que debe ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil de un contrato. II. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones. III. La regla *favor debitoris* no se aplica a las obligaciones que tienen su origen en un hecho ilícito. *De Lege ferenda*: Recomendar la incorporación al Código Civil, como principio, la protección a la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor». Cfr. ALTERINI y LÓPEZ CABANA, «La debilidad jurídica ...», 817.

de la República Argentina<sup>19</sup>. Luego, porque informará las resoluciones judiciales y el diseño de las normas<sup>20</sup>.

## 1.1. La aplicación universal del favor debilis

En Derecho Internacional Privado, ¿cuándo se puede recurrir a los principios y, concretamente, al *favor debilis*? En el plano interno cada sistema local completa los vacíos normativos de distinto modo, de manera que los principios ocupan lugares disímiles en cada ordenamiento. Los principios jurídicos cumplen una función de fundamentación, antes, durante y después del proceso interpretativo, pero los sistemas jurídicos nacionales no les asignan el mismo orden de prelación considerados como fuente del derecho<sup>21</sup>.

REZZÓNICO hace referencia a que los principios generales provienen de distintas fuentes, y así en el derecho romano se consideraba que a través del *ius gentium* existía un derecho universal, libre de toda impronta nacional, aplicable a todos los pueblos, dotado de una particular elasticidad, apoyado en la *bona fides* y en la *aequitas*, y cuyos principios se ofrecían con evidencia intuitiva. ¿Podría considerarse que este tipo

19. República Argentina, Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011, «Artículo 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento». También serán fundamento de las resoluciones judiciales: «Artículo 3º.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada».

20. Cfr. «Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de código civil y comercial de la nación», <http://www.nuevocodigocivil.com/aspectos-valorativos-y-principios-preliminares-del-anteproyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>. De aquí que en la explicación dada por la Comisión Redactora se indica: «Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El Anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Ello puede apreciarse en una serie de normas sobre protección de los consumidores, que, por primera vez son incorporadas sistemáticamente en un código, que innova profundamente en la materia». El Proyecto incluye el reconocimiento expreso del principio *pro consumptore*, en términos similares a la actual LDC. «Artículo 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor». «Artículo 1095.- Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa».

21. Cfr. VIGO, Rodolfo. 2000: *Los principios jurídicos, perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 48-50. Allí menciona la clasificación de fuentes en el *common law* que propone Roscoe POUND, cuando distingue: «1) *rules* o normas en sentido estricto; 2) *principles*; 3) *legal conceptions*; 4) *doctrines*, y 5) *standards*». POUND, Roscoe. 1959: *Jurisprudence*, vol. II. St. Paul, Minnesota: West Publishing, 125 y ss.

de principios incluye alguna base universal permeable a las soluciones de DIPr? ¿Es universal el *favor debilis*, para ser reclamado o aplicable en cualquier jurisdicción?

Debido a que los principios generales no son consecuencia de las disposiciones legales, sino, por el contrario, dan forma sustancial a las normas, son éstos los que las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital<sup>22</sup>. Así como de la naturaleza de las cosas se desprenden preceptos normativos, cosa mueble o inmueble, o de que una persona sea comerciante se desprende la presunción de onerosidad de sus actos (art. 218 inc. 5 Código de Comercio), del carácter de consumidor se puede desprender o presumir su debilidad, o la naturaleza desigual de la relación<sup>23</sup>. Lo mismo se puede decir de otros grupos naturalmente débiles: niños, apátridas, trabajadores, víctimas. Apelando a estas ideas, tanto la jurisdicción competente, el derecho aplicable, las conexiones flexibles o sustancialmente orientadas, los procesos de resolución de controversias, pueden estar determinados de modo general o en el caso concreto por el *favor debilis*<sup>24</sup>. Si concluimos que este principio forma parte del sistema jurídico, deberá ser aplicado, entre otros, a la reglamentación de la jurisdicción internacional y al respeto de la garantía de acceso a la jurisdicción<sup>25</sup>. Al mismo tiempo, en jurisdicciones donde sea posible declinar la jurisdicción en función del *fórum non conveniens*, al evaluar las condiciones públicas y privadas, se deberá hacer lugar al principio; por tanto, será especialmente relevante verificar que exista realmente (y no solo por hipótesis) un tribunal en mejores condiciones de abocarse a la causa y hacer justicia a las partes<sup>26</sup>.

22. Cfr. REZZÓNICO, Juan Carlos, 1999: *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 84.

23. Cfr. BATIFFOL, Henri. 2002: *Aspects philosophiques du droit international privé*. Reedición. París: Dalloz, 167. El criterio de la naturaleza de las cosas puede aplicarse, por ejemplo, a las calificaciones –consumidor, proveedor, etc.–, al punto de conexión –lugar de cumplimiento, residencia habitual–, o a la eventual existencia de conexidad contractual. En nuestro caso, la economía puede ser un buen auxiliar para determinar si resulta razonable de acuerdo a la naturaleza de las cosas que, por ejemplo, un proveedor que brinda *on line* un servicio gratuito, pueda ser reclamado en el domicilio del consumidor, tal vez en otro Continente, si suspende intempestivamente los servicios.

24. Así lo menciona Ciuro Caldani en referencia a la jurisdicción del consumidor transfronterizo. «A nuestro entender, la jurisdicción injusta sigue existiendo en las dimensiones “positivas” (sociológica y normológica), puede generar, sí, el deber de resistirla (dimensión dikelógica). Una jurisdicción que no atienda la particular condición de los consumidores resulta a nuestro parecer una jurisdicción injusta». Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel. 2005: «Criterios integrativistas para la atribución de jurisdicción en relaciones de consumo». Comunicación al XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección Derecho Internacional Privado, n.º 16.

25. El *favor debilis* en derecho laboral se traduce en el *favor operarii*. Esto, llevado al Derecho Internacional Privado, ha implicado que, al menos en nuestro país, el contrato de trabajo se rija por el derecho del lugar de cumplimiento, mediante la norma unilateral del art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo. Esta norma no contempla el supuesto internacional, por tanto, ante el silencio sólo será aplicable a contratos a ejecutarse en Argentina. Para los contratos con ejecución en el extranjero se aplica la ley foránea, salvo la incompatibilidad con el orden público internacional argentino. Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner. 1985: *Derecho Internacional Privado*. 5.ª ed. Buenos Aires: Depalma, 406.

26. Debemos considerar que así como el *forum non conveniens* es una limitación de la competencia, *el conveniens* la amplía si, por ejemplo, es posible ejercer poder físico sobre el demandado. En este

Esto se debe a que el *favor debilis*, al igual que otros principios jurídicos sistemáticos o fundacionales, actúa a la manera de pilar, dando sustento y fundamento a todo el ordenamiento, estando presente a lo largo y a lo ancho de él. Mediante la utilización del método deductivo se pueden obtener de este principio las normas o principios más específicos. Por lo tanto, en cuanto informador del sistema, el *favor debilis* deberá ser tenido en cuenta al establecer la legislación, al juzgar el caso concreto, al admitirse la jurisdicción indirecta, etc.

Esta intervención omnicompreensiva tiene su razón de ser en una presunción de desigualdad. Pero a diferencia de la operatividad de un derecho subjetivo, que una vez otorgado implica una potestad de atribución que manda conductas positivas o prohíbe otras, en este caso corresponderá al intérprete en cada caso verificar si corresponde ajustar las prestaciones a favor del sujeto débil de la relación, por existir duda suficiente. De aquí que las conexiones materialmente orientadas, que buscan la justicia sustantiva del caso, suelen tener como trasfondo alguna situación de debilidad<sup>27</sup>. En definitiva, el *favor debilis* puede ser descubierto por un proceso inductivo de generalización creciente. En el derecho argentino aparece expresamente en los arts. 3 y 37 LDC (Ley 24.240 de Defensa del Consumidor de la República Argentina), en el ámbito protectorio del consumidor.

## 1.2. El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado

Ahora bien, ¿cómo resulta operativo el *favor debilis* en Derecho Internacional Privado? Recordemos que este principio implica la aplicación de un sistema protectorio a una categoría de sujetos de quienes se predica una característica general de debilidad. No se trataría, en este caso, de la regla *contra proferentem*, operativa cuando se cuestionan términos de dudosa interpretación en un contrato, al igual que en el derecho interno. Este último, de honda raigambre en el comercio internacional, es un supuesto de protección de la buena fe como principio general del derecho, distinto al *favor debilis*, que, aunque también podría ser general, determina una segregación sectorial de

---

supuesto, razones de eficacia justificarán la apertura de la jurisdicción. En ambos casos, se trata de evitar foros exorbitantes y asegurar la relación del caso con el tribunal. Parecería que el juez puede hacer uso de la doctrina del *forum conveniens* o foro más apropiado si, a su juicio, está en condiciones de hacer justicia a un consumidor. De modo general para el *forum non conveniens* y la debilidad del demandante, Cfr. GARRO, Alejandro. 2003: «*Forum non conveniens*: “availability” and “adequacy” of latin american fora from a comparative perspective». *Inter-American Law Review*, vol. 35: 1 (2003-2004), 65-99.

27. Jayme considera que la materialización de las reglas de conflicto es una de las tendencias actuales del Derecho Internacional Privado. Cfr. JAYME, Erik. 1995: «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Course général de droit international privé». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 251. La Haya, 9-268, en 44 y ss.

determinados sujetos. De todos modos, se puede advertir un sustancialismo o «materialismo» cada vez mayor, en principio extraño al ámbito comercial internacional<sup>28</sup>. Estamos ante una generalización del *favor negotii*, el *favor filiationis*, el *favor filii*, el *favor adoptionis*, el *favor operarii*<sup>29</sup>.

Este último, el *favor operarii*, resulta para nosotros de particular interés. Tanto en la legislación internacional como en la doctrina comparada, se suele considerar de modo paralelo al *pro consumptore*, lo cual es muy razonable atendiendo a los análogos fundamentos que los inspiran<sup>30</sup>. Así lo prevé la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de Nueva York, de 1958. También el Protocolo de Buenos Aires excluye de su ámbito de aplicación, tanto a los contratos con consumidores como a los laborales (art. 2 inc. 5 y 6). En igual sentido el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, de La Haya de 2005 (art. 2, 1. a) y b)). Otro tanto sucede con el art. 6 del Reglamento Roma I, que excluye del principio general sobre la libertad de elección del derecho aplicable a los contratos con consumidores, con fundamento en cuestiones de política pública: serán siempre aplicables las normas imperativas del Estado donde el consumidor reside. Las razones de política pública, al igual que en los contratos de trabajo, están dadas por la necesidad de proteger a quien está en una posición más débil de negociación<sup>31</sup>.

La protección de la parte débil consiste primeramente, tanto si se trata de derecho material como Derecho Internacional Privado, en una restricción a la libertad de la parte más fuerte para determinar la reglamentación del vínculo contractual, en la medida

28. En este sentido, y como ejemplo de la «antigüedad» de la aplicación del principio, es interesante considerar el art. 13 del Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de Montevideo de 1940, que autoriza al asegurado a demandar en su propio domicilio a la aseguradora. Con esto se intenta equilibrar la desproporción entre asegurador y asegurado, por lo general más débil. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, 412.

29. Cfr. BOGGIANO, Antonio, 2005: *Derecho Internacional Privado*. 5.ª ed. Buenos Aires: Depalma, Presentación, tomo I, XII. «Se echa de ver una tendencia general a proteger la validez de ciertos actos y a proteger ciertas personas débiles, por ejemplo los menores, los consumidores, los adultos indefensos, los trabajadores (...). El derecho de todo el mundo buscará siempre la protección del indefenso. (...) Estas valoraciones son tenidas en cuenta luego para afinar las soluciones materiales de derecho internacional privado».

30. BOGGIANO, Antonio. 1981: «International Standard Contracts, a Comparative Study». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 170. La Haya, 59.

31. Cfr. MORSE, C. G. J. 1992: «Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention». *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, January 1992, 1. En el mismo sentido, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. 2007: «Hacia una regulación interamericana sobre jurisdicción en materia de relaciones internacionales de consumo. Esbozo de bases a partir de algunos desarrollos del MERCOSUR». En Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (coords.): *Protección de los Consumidores en América*. Asunción: La Ley, 209-217, en 213-214. Este autor menciona distintos textos convencionales que establecen la jurisdicción favorable al consumidor. Así, en el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial), se lee en el considerando (18): «En lo que atañe a los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo, debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales».

necesaria para compensar el desequilibrio existente entre las partes y para evitar que una de ellas pueda prevalecer para oprimir a la otra<sup>32</sup>. Pero nada impide que el principio *favor debilis* se inserte en un régimen general de contratos como excepción, de tal manera que algunos criterios flexibles indiquen a las partes, organizaciones de empresarios, sistemas de arbitraje y, eventualmente, a los poderes judiciales estatales, cuáles son los ajustes correspondientes en un área de negocios determinada o en el caso particular. Por el contrario, es función esencial de los principios medir y juzgar la validez de las formalizaciones de normas individuales, esto es, las sentencias y los actos jurídicos, aunque esto pueda ser sospechoso de inseguridad jurídica<sup>33</sup>.

Esta última tendencia se concreta en considerar que la autonomía de la voluntad puede ser un camino para lograr mejores soluciones que las sustantivas. Si una parte del contrato es «típicamente débil», no cabe excluir la autonomía apriorísticamente, porque la parte fuerte puede utilizar ese medio para mejorar la posición del consumidor. En palabras de BOGGIANO:

Sujeta a ciertos límites mínimos de protección, v.gr., los que brinda el derecho del comprador o del vendedor, es posible que la autonomía de las partes cumpla también una finalidad de elevar los niveles de equidad en la protección de la parte típicamente más débil. Ello significa que la autonomía de las partes puede ser instrumento para alcanzar «soluciones materialmente más justas» que las que se podría alcanzar por aplicación de los derechos indicados por la normas de conflicto, con prescindencia de la elección de otro derecho por las partes<sup>34</sup>.

El derecho comparado brinda algunos supuestos en donde queda manifiesto el impacto del *favor debilis* en Derecho Internacional Privado. Ya mencioné el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Si bien el ámbito de aplicación es propio del derecho comunitario, la referencia es útil. Allí el principio general es la libre elección del derecho aplicable (art. 3), incluso por encima del principio de proximidad o de los vínculos más estrechos (art. 4 apartados 3 y 4). Ambos son limitados por el principio protectorio (art. 6, apartados 1 y 2)<sup>35</sup>. Por mi parte, agregaría

32. Cfr. POCAR, Fausto. 1984: «La protection de la partie faible en droit international privé». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 188. La Haya, 362.

33. Cfr. SOTO, Alfredo Mario. 2001: *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 117.

34. BOGGIANO, Antonio. 1993: *La Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica. Universalidad y genius loci*. Buenos Aires: La Ley, 37-38.

35. Dolinger hace referencia a esta misma jerarquía durante la anterior vigencia del Convenio de Roma, reemplazado por el actual Reglamento. Cfr. DOLINGER, Jacob. 2000: «Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 283. La Haya, 187-503, en 359. Incluso, indica que el principio protectorio es una manifestación del principio de proximidad o de los vínculos más estrechos. Si una de las partes es protegida por su debilidad, esta razón es la que justifica que se aplique el derecho cercano a esa parte. Incluye aquí el *favor infans* para proteger a los menores, o el *favor laesi* en caso de daños, entre otros. «If so, the protective principle is a

que el principio de proximidad no queda eliminado por el protectorio, ya que éste será aplicable en la medida en que el proveedor ejerza o dirija sus actividades en o hacia el país del domicilio del consumidor. No es una protección desmedida, sino armonizada por la proximidad. En el plano jurisdiccional se puede apreciar la misma jerarquía y armonización de principios, ya que se aplica sin dudas a la relación del caso con el foro, a la manera de una cierta proximidad o vínculos procesales más estrechos.

## 2. UN CASO PARTICULAR: DEL FAVOR DEBILIS AL PRO CONSUMPTORE

El principio universal del *favor debilis* adquiere, en el sistema protectorio del consumidor, una naturaleza fundante y constituye la base normativa sustancial. Incluso tiene una enunciación propia: es el *in dubio pro consumptore*, dentro de la tradición de nombrarlos por su forma latina. En el comercio internacional habrá que valorar especialmente la debilidad de los consumidores, en la medida que, mediante la globalización las empresas asumen conductas uniformes y al margen de los poderes estatales.

El contraste entre el principio del *favor debilis (pro consumptore)* con el estándar del «buen hombre de negocios» implica una clara diferencia de enfoque y, posiblemente, una de las manifestaciones más claras de la divisoria de aguas entre un régimen general y uno protectorio. Si tomamos como ejemplo el deber de información, en cuanto integrante del principio de seguridad o de la buena fe negocial, el sistema protectorio prevé pautas muy claras y estrictas en favor del consumidor. En este sentido, es de plena aplicación el precepto del art. 909 del CC (Código Civil de la República Argentina), por el cual en un contrato en que se supone una confianza entre las partes se estimará el grado de responsabilidad por la condición especial de los agentes<sup>36</sup>.

El deber de obrar con cuidado y previsión, lo que «verosíblemente las partes entendieron o debieron entender» (art. 1198 CC), no debe ser interpretado de igual modo en un contexto nacional o transfronterizo. Tampoco cuando uno de los agentes es

---

factor that reveals the actual proximity of a situation or relationship to a certain law, forming an even stronger connection». *Ibidem*, 358.

36. Puede ser útil un ejemplo. El art. 36 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor de la República Argentina (LDC) indica que en las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios, el proveedor deberá consignar bajo pena de nulidad, entre otros elementos, el precio de contado, el saldo de deuda, el total de los intereses a pagar, la tasa de interés efectiva anual, la forma de amortización de los intereses, otros gastos si los hubiere, cantidad de pagos a realizar y su periodicidad, gastos extras o adicionales si los hubiera y monto total financiado a pagar. Esta enumeración detallada no es requerida en el Código de Comercio ni en disposiciones que se refieren a operaciones similares entre empresarios. Por el contrario, el régimen general es el del art. 902 CC, por el cual quien más conocimiento tiene de las cosas mayor será su responsabilidad, y, por tanto, el empresario que no se informe de las condiciones crediticias será pasible de conducta negligente.

estructuralmente indefenso, como un consumidor, situación muy diferente a la de un comerciante internacional. La buena fe diligente, el comportamiento cuidadoso y previsor, requiere una mayor exigencia para el profesional. Como aclara REZZÓNICO: «Esa buena fe del hombre cuidadoso y previsor –para seguir la terminología legal– pide a los contratantes reflexión, celo, prolijidad, lo cual –por lo menos si se piensa en el moderno tráfico de masa– podría parecer un verdadero gazapo jurídico».

## 2.1. Aplicación del favor debilis como base del sistema protectorio del consumidor transfronterizo

En el comercio internacional se presume la profesionalidad y responsabilidad de los hombres de negocios. Se les exige un deber de obrar con previsión y diligencia fundamentado en la obligación moral de respetar la palabra empeñada. Por el contrario, la protección del consumidor tiene su origen en su debilidad jurídica, técnica y económica en su relación con el proveedor, en el contexto de una economía de masa. De allí que el fundamento último del régimen protectorio es la debilidad estructural del consumidor, dando lugar a la creación de un estatuto especial a favor de la parte débil<sup>37</sup>. Por tanto, el principio protectorio tiene una primera función fundante del sistema específico para el consumidor, es el meollo de toda la rama y se dirige principalmente al legislador a fin de que adopte los medios técnicos jurídicos de protección<sup>38</sup>. Así lo han reconocido los distintos ordenamientos al incluir la protección del consumidor en el llamado «constitucionalismo social»<sup>39</sup>.

En este acápite analizaré en particular la existencia y conformación del principio *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado, y luego su consideración en el ámbito protectorio del consumidor transfronterizo, tanto en los aspectos jurisdiccionales como de derecho aplicable.

LORENZETTI considera que el principio protectorio no ha sido todavía receptado en el Derecho Internacional Privado, y, ante su ausencia, recurre a tres distintas fuentes para considerar que las relaciones de consumo transfronterizas también están bajo

37. Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, 35-37.

38. Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, 8-9.

39. Cfr. LÓPEZ CAMARGO, Javier. 2003: «Derechos del consumidor: consagración constitucional en Latinoamérica». *REVISTA e - Mercatoria*, 2003, vol. 2, n.º 2, 5. La forma como la protección de los consumidores ha sido consagrada varía de un país a otro. De todos modos, aun cuando una Constitución no se refiera de modo expreso a los consumidores, igualmente estarían protegidos porque la necesidad de su protección se puede desprender, indistintamente, de los valores solidaridad social, igualdad material y justicia social. A través del análisis de los derechos y principios fundamentales, del modelo económico incluido en la Constitución, se puede encontrar el sustento de la protección a los consumidores; por éste el Estado puede intervenir en la economía, especialmente cuando deba ofrecer protección a los más débiles, entre los que se cuentan los consumidores.

su órbita. Por una parte, por ser un principio reconocido en los Tratados de Derechos Humanos; en segundo lugar, por la obligatoriedad de aplicar el orden público nacional a toda relación de consumo; y, finalmente, por tratarse de un principio constitucional<sup>40</sup>.

Estoy de acuerdo con el primer y tercer argumento, pero no con el segundo. LIMA MARQUES advierte del riesgo que significa aplicar indiscriminadamente el sistema protectorio nacional como normas del orden público internacional, y por tanto establecer como aplicable de modo unidireccional el derecho del domicilio del consumidor (plantea el caso de la oferta hecha en Brasil). Considera que es un esfuerzo loable para proteger mejor a la parte débil, pero que esto trae aparejadas serias perturbaciones en el sistema de Derecho Internacional Privado. El resultado sería que cualquier ley extranjera indicada aplicable a una cuestión de consumo pasaría a ofender el orden público internacional del derecho domiciliario del consumidor, simplemente por traer una solución diferente (en este caso, a lo previsto por el CDC de Brasil)<sup>41</sup>. El orden público internacional siempre es una excepción al sistema, aplicándose la *lex fori* ante un resultado concreto de la ley extranjera que ofende los pilares y valores básicos del ordenamiento jurídico propio. Esto sólo sería posible en el caso de considerarse que algunas soluciones materiales del sistema protectorio sostienen derechos fundamentales<sup>42</sup>.

Interesa ver ahora si estos principios tienen alguna particular aplicación en el comercio internacional en el que participan consumidores, ya que no pueden estar ausentes. LORENZETTI se pregunta si el principio protectorio del derecho del consumidor se aplica en el mundo de las relaciones internacionales de derecho privado<sup>43</sup>. No me cabe duda de la respuesta afirmativa. Ahora bien, como toda aplicación de principios,

40. Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, 34-36. Asimismo, este autor considera que debido a que la protección del consumidor es parte del modo de vivir de una comunidad, los efectos de ese orden público siempre deben ser aplicados, y trae a colación los arts. 1209 y 1206 del CC argentino. La primera de las normas considera la aplicación del orden público a los contratos celebrados en el país y la segunda a los contratos celebrados en el extranjero. En este último caso, se rigen por el lugar de celebración, y serán válidos en el Estado salvo que contraríen la moral o su reconocimiento resultase «injurioso a los derechos, intereses o conveniencias del Estado o sus habitantes» (art. 1206 CC). Estas apreciaciones requieren ser matizadas. Por una parte, porque se refieren al orden público en relación al derecho aplicable, y no necesariamente será considerado de modo similar en su relación a la jurisdicción competente. Por otra parte, en relación a la jurisdicción contractual, las normas relevantes son los arts. 1215 y 1216 del mismo CC. Además, no distingue entre los conceptos de «orden público interno» y «orden público internacional».

41. Cfr. LIMA MARQUES, Claudia. 2006: *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 5.ª ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 149.

42. Lima Marques considera que el Derecho Internacional Privado brasileño actualizó sus principios, al haberse reconocido la protección del consumidor como derecho humano fundamental por la Constitución Federal de 1988, art. 5.º, XXXII. Al tratarse de legislación de origen constitucional (art. 48 ADTC) es bien posible que estas normas sean consideradas imperativas, o de orden público internacional o leyes de aplicación inmediata. Pero reconoce que las distintas calificaciones no son intercambiables ni tienen los mismos efectos y por lo tanto no pueden utilizarse de modo indiscriminado. Mientras las normas imperativas no pueden ser dejadas de lado por las partes, el orden público internacional requiere que la norma contraria sea derogada. Por su parte, las normas de policía son de aplicación directa. Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, 140.

43. Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, 34.

esto puede hacerse al momento de establecer normas internacionales, como tratados o convenciones binacionales o multilaterales, o en disposiciones comunitarias. También puede tratarse de normas internas de un país, y a su vez estas normas pueden ser generales o particulares de un área del comercio. En cada caso su virtualidad será diferente. Los principios también podrán ser operativos al momento de resolverse un conflicto, tanto por tribunales nacionales como supranacionales o arbitrales.

La vigencia del principio *favor debilis* se justifica y da nacimiento a una nueva calificación de las personas, sobre la base de un rol preciso en el proceso económico en general. La misma lógica se puede aplicar a otras categorías, como los expatriados, la niñez, los trabajadores: cada uno de estos grupos tiene su específica razón de ser de su debilidad. Por tanto, no se trata sólo de un principio de interpretación favorable de los contratos, sino de un sustento del sentido de justicia que debe dirigir todas las relaciones jurídicas de esa categoría. De aquí que también determine el sistema de Derecho Internacional Privado de las relaciones jurídicas en que sean parte esos grupos sociales o económicos<sup>44</sup>.

Para dimensionar las consecuencias de la universalización del principio se puede aplicar analógicamente lo que supuso la revolución industrial para la fundación del estatuto del trabajador. Así, el principio de libertad de contratación cedió ante el protectorio, por la distinta capacidad de negociación de las partes, en su caso traducida en la dependencia técnica, económica y legal del trabajador respecto del empresario<sup>45</sup>.

También se afirma que el marco protectorio interno es un subsistema con cierto grado de autonomía dentro del sistema de derecho privado<sup>46</sup>. En consecuencia, las soluciones deben buscarse dentro del mismo subsistema y no por recurrencia a la analogía. Pero no podemos afirmar lo mismo respecto de un sistema protectorio internacional, ya que el elemento extranjero de la relación jurídica la tiñe de una particularidad que no lleva a la aplicación automática de las soluciones diseñadas para el ámbito nacional.

Si los principios específicos de la protección del consumidor dan origen a la creación de un régimen de excepción en su favor, conviene analizar cuáles son las razones que se esgrimen para distinguir qué normas del sistema jurídico general serán aplicables y cuáles no, ahora en el plano internacional. Ante la carencia normativa del

44. Cfr. LÓPEZ CAMARGO, «Derechos del consumidor...», 6. «[e]ntendido de que la *justicia* no es sólo la conmutativa, basada en el principio de equilibrio o igualdad formal, sino que ella se ha ampliado por la cuestión social, elemento fundamental de la acción del Estado».

45. Cfr. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. 1982: *Tratado de Derecho del Trabajo*, tomo 2, Capítulo IV, C), Principios de derecho del trabajo. Buenos Aires: Editorial Astrea, 138.

46. «El microsistema está compuesto por las siguientes normas: la norma constitucional, que reconoce la protección del consumidor y sus derechos; los principios jurídicos y valores del ordenamiento, ya que el microsistema es de carácter "principiológico", es decir, tiene sus propios principios; las normas legales infraconstitucionales, sea que exista un Código, como en el caso de Brasil, o un "estatuto del consumidor", compuesto por normas dispersas, como ocurre en el caso argentino». LORENZETTI, *Consumidores*, 47.

sistema de Derecho Internacional Privado se deberá realizar un esfuerzo argumentativo para fundamentar la limitación en la aplicación de las normas generales. Está en juego la unidad o fragmentación del sistema.

A fin de argumentar a favor o en contra de la conveniencia de un régimen diferenciado en el marco general del derecho contractual, WILHELMSSON menciona cuatro argumentos con sus contrarios. En primer término, el argumento 'pedagógico', según el cual resulta más sencillo para el abogado común analizar el derecho del consumo como parte del derecho privado, ya que es de estudio general, evitándose así la especialización. Pero, por el contrario, resulta mejor para el consumidor un régimen especial de tal manera de que pueda conocer con más exactitud cuáles son sus prerrogativas<sup>47</sup>.

En segundo lugar, insiste, existe el problema de la difícil línea divisoria de una y otra regulación, en referencia a la categorización de ciertas situaciones como un uso comercial o privado, por los diferentes roles que las personas cumplen en la sociedad. El argumento no resulta irrelevante, ya que de aquí se desprende que ciertas normas imperativas sean o no aplicadas; pero el asunto no sería tan difícil de resolver si simplemente se los considera como una categoría especial de contratos. Los casos límite, que no son tantos, muchas veces son utilizados de modo generalizado para elaborar soluciones que en definitiva resultan muy estrechas.

El tercer argumento respecto de la distinción entre contratos comerciales y de consumo es más sustancial. Se refiere a las distintas concepciones de justicia, ética o políticas públicas. El enunciado tradicional se sustenta en distintas dicotomías: autonomía/solidaridad; individualismo/altruismo; libertad de mercado/bienestar del consumidor; autorregulación del mercado/fallas del mercado<sup>48</sup>. Estos razonamientos son aplicables al ámbito internacional.

El análisis de la estructura del mercado desde la racionalidad económica, medida de acuerdo a un criterio de eficiencia y apoyada sobre una concepción utilitarista del

47. Wilhelmsson realiza estas consideraciones en el marco de la discusión respecto de la conveniencia de adoptar un régimen específico como los Principios de UNIDROIT o uno común como los Principios europeos de los contratos. Este autor rechaza estos argumentos por su debilidad para justificar un problema jurídico tan importante. Cfr. WILHELMSSON, Thomas. 2002: «Internacional *Lex mercatoria* and Local Consumer Law: an Impossible Combination?». Paper delivered at the 75th Anniversary Congress of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT): «Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration», held at Pontificia Università Urbaniana, Rome (Italy), 27-28 September 2002, 145-146.

48. «In fact, as it would be a fallacy in this day and age to presume the existence of a coherent system of moral principles behind any society and, hence, behind any legal order, it is certainly not self-evident that contract law would be very coherently principled. One would rather expect a varying mixture of autonomy and solidarity at the roots of this area of law. This is true not only of consumer law, where protection of the autonomy of the consumer is certainly one of its tasks, but also for the rules on commercial contracts. Even the UNIDROIT Principles, although they are designed for commercial contracts only, are built on both a principle of freedom of contract and the idea of policing against unfairness, as well as promoting good faith and fair dealing». WILHELMSSON, «International *Lex mercatoria*...», 145-146.

bien común (el mayor bien posible para el mayor número), justificaría un régimen único, que brinde a los agentes un margen de libertad lo más amplio posible. La vigencia de la *lex mercatoria* participaría de este fundamento al colocar en un pie de estricta igualdad jurídica a los participantes del comercio internacional y permitir así la paridad de negociación<sup>49</sup>. Pero este criterio económico a su vez es el que solicita la intervención del mercado en cuanto modo de solucionar la disimetría de información entre los agentes cuando actúan consumidores, a través de la internalización de las externalidades.

A mi criterio, la visión economicista no necesariamente se opone a una concepción solidarista de los contratos en general, justificada desde la filosofía práctica. Ambos criterios se pueden complementar, pero si se arriba a soluciones contradictorias, el criterio filosófico de la primacía de la persona como fundamento del orden jurídico será determinante para orientar al juzgador, prevaleciendo la justicia sobre la eficacia<sup>50</sup>.

El cuarto argumento se refiere a la mayor localización del derecho del consumo, atado a las expectativas inmediatas de los ciudadanos y en mira de los políticos como materia regulable y de rápida respuesta a los requerimientos sociales. Sin duda, esto es importante, e incluso es uno de los aspectos que se consideran en la UE al momento de fijar el nivel adecuado de armonización: cuánto regula la UE y qué queda en la órbita de los Estados miembros<sup>51</sup>. Los consumidores y sus expectativas no son tan uniformes como parecería, incluso globalización mediante<sup>52</sup>.

De aquí que resulte razonable que la autonomía del sistema se apoye en su estructuración sobre un principio fundante: el *pro consumptore* en cuanto aplicación sectorial del *favor debilis*<sup>53</sup>.

49. Howells reconoce que un problema importante son los crecientes costos de transacción que implica la falta de información acerca de qué reglas se aplican en los negocios de exportación, el contenido de la ley aplicable y la incerteza respecto de los posibles reclamos de que puede ser pasible. Esto afecta menos a las grandes empresas con capacidad de dominar mercados internacionales y la gran experiencia en salvar las asimetrías informativas. Este argumento es más relevante para las pequeñas y medianas empresas. Así y todo, considera que se han magnificado las ventajas de la máxima uniformidad en la regulación de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, ya que en la práctica la falta de seguridad jurídica no afecta a los empresarios. Cfr. HOWELLS, Geraint G. 2006: «The Rise of European Consumer Law - Whither National Consumer Law?». *Sydney Law Review*, n.º 2-E, 2006.

50. Desde la perspectiva principialista que aquí sustento –a diferencia de la economicista–, la aplicación de los principios, como el de buena fe o equidad, es general a todo tipo de relación contractual, y las diferencias serán de grado, aunque desde una postura postmoderna se predica que no existe un esquema coherente de principios que haga de soporte al sistema contractual unificado. Así, la combinación oportuna de solidaridad/autonomía sería propia de cada sistema, propugnándose por tanto la fragmentación y no la unidad del régimen contractual. De aquí, por ejemplo, que se considere a los Principios de UNIDROIT como la adopción de una determinada combinación de solidaridad/autonomía, específica de los contratos comerciales internacionales. Cfr. WILHELMSSON, «International *Lex mercatoria*...», 146-147.

51. Cfr. HOWELLS, «European Consumer Law...», 73-80.

52. Wilhelmsson menciona las diferencias existentes en las percepciones y hábitos entre los países nórdicos y los mediterráneos, y la Europa occidental y la del Este, en ese momento en pleno proceso de adaptación al ampliado mercado interior. Cfr. WILHELMSSON, «International *Lex mercatoria*...», 149-151.

53. Así, en caso de colisión de principios, por ejemplo el *in dubio pro auctoris* vs. *in dubio pro consumptore*, siendo ambas aplicaciones del *favor debilis*, se resolverá a favor de la parte efectivamente

## 2.2. Aplicaciones del favor debilis en cuestiones jurisdiccionales de consumo

Analizaré ahora la aplicación del *favor debilis* o *in dubio pro consumptore* a los aspectos procesales de las relaciones de consumo. Un punto que merece primero la atención es si ante la duda respecto de la identidad de las demandas, de los sujetos o de la competencia de los tribunales en discordia, habrá que resolver a favor de la pretensión del consumidor. Ya sea que se haga lugar, y continúe el reclamo iniciado por el consumidor y se suspenda el del proveedor, o viceversa.

A modo de comentario general a estas excepciones, vale la pena afirmar que no se debe hacer lugar a remedios procesales que agraven la condición del consumidor. Así, siguiendo una práctica universalmente admitida, el CPCyCN, a los fines de poder ejecutar la sentencia extranjera, requiere «[Q]ue la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa» (art. 517 inc. 2). El juez evaluará esta circunstancia considerando la condición personal del consumidor. Verificará si la posible sentencia, ya sea la extranjera o la propia, corre riesgo de no ser ejecutada, en perjuicio de la parte débil. Luego, deberá hacer lugar o no a las excepciones a la luz de este criterio orientador, que en definitiva es consecuencia del principio de eficacia.

En ocasiones se plantea que las conexiones valorativamente orientadas, al tener que resolver prospectivamente entre diversas soluciones, generan incertidumbres. Sin embargo, la elección de contactos flexibles, en relación a aspectos jurisdiccionales, no resulta tan complicada; en primer lugar, porque las valoraciones que determinan la jurisdicción más favorable no son las mismas que indican el derecho más ventajoso<sup>54</sup>. Interesa la justicia sustantiva de la atribución de jurisdicción, cuando la solución

---

más débil en el caso concreto. Supongamos un hipotético conflicto entre un titular de derechos autorales que instala un DRM (*digital right management*) que impide la copia privada, y lo hace constar en el contrato de licencia de los contenidos digitales. Si esa cláusula es o no abusiva dependerá de quien sea la parte débil, que pareciera que es el consumidor-usuario de contenidos, y no el titular-autor.

54. Un ejemplo, relacionado con el derecho aplicable, lo brinda el art. 9 de la Convención Interamericana sobre *Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, CIDIP II. Montevideo, 1979. «Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto». Interesa aquí ver cuáles son «las finalidades perseguidas» por las legislaciones, y a su vez adecuar la solución a las exigencias de la equidad, considerando el caso concreto. Cfr. HERBERT, Ronald y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. 2002: «Flexibilización teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano». En *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 55-76, en 56.

indicada normativamente pueda implicar una injusticia. En ese caso se podrá analizar la política legislativa tenida en cuenta para determinar el foro competente<sup>55</sup>.

Tradicionalmente, los contactos jurisdiccionales de los derechos nacionales en materia contractual son la autonomía de la voluntad, el lugar de ejecución o el domicilio del proponente. Esto llevará muchas veces a que la competencia corresponda a tribunales foráneos al consumidor, lo cual es muy relevante en contratos de turismo o de comercio electrónico. De aquí que sean tan necesarias las adaptaciones.

Las conexiones sustanciales, no meramente territoriales, están relacionadas con valores y objetivos de política estatal. Así, el EGBGB alemán dispone que en caso de daños se aplique la ley del lugar del hecho ilícito o la ley del lugar donde se produjo el daño, según cual sea más favorable a la víctima. Sin embargo, si tanto el productor del daño como la víctima tienen el domicilio en común, se aplicará esa ley. Es un ejemplo de conexiones funcionales de derecho aplicable, sobre la base de los objetivos subyacentes implicados, como la indemnización y la disuasión en el caso de responsabilidad extracontractual<sup>56</sup>. Estamos ante una dimensión material del Derecho Internacional Privado, que adopta una visión sustantivista en la realización de la justicia: una respuesta materialmente justa a los conflictos de intereses<sup>57</sup>.

Las consideraciones anteriores también son válidas para los conflictos jurisdiccionales, especialmente cuando las reglas del proceso son imprescindibles para alcanzar la justicia material. Los contactos son orientados por el orden público internacional, que de por sí implica valoraciones. En igual sentido actúan los derechos humanos y los fundamentales. Todos estos, en su aplicación a los conflictos jurisdiccionales con consumidores, tienen su origen en el juicio de la razón práctica. De aquí que VELÁZQUEZ GARDETA proponga como conexión el *forum legis*, que hace referencia a la autonomía de la voluntad para la elección del tribunal, pero limitada a aquellos foros que apliquen el derecho procesal o sustancial más favorable al consumidor. Subsidiariamente serían competentes los tribunales del domicilio del consumidor, en los supuestos de consumidores pasivos y sitios web activos<sup>58</sup>.

55. Por otra parte, es coherente con la tendencia a buscar soluciones basadas en métodos inductivos y flexibles, de «final abierto» e informales. En lugar de tener delante una regla aplicable a todo contrato, por ejemplo, es mejor contar con parámetros que permitan ajustar la solución. Cfr. DOLINGER, «Evolution of principles...», 345.

56. Cfr. HERZOG, Peter E. 1992: «Constitutional limits on choice of law». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1992-III, vol. 234: 239-329, en 319. Es el mismo criterio del Protocolo de San Luis sobre accidentes de tránsito, que establece la aplicación del derecho del domicilio común de las partes. Art. 3: «[...] Si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último».

57. *Idem*, 225. También JAYME, «Identité Culturelle et Intégration...», 246.

58. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel. 2009: *La protección al consumidor on line en el derecho internacional privado interamericano. Análisis sistemático de la propuestas presentadas para CIDIP VII*. Asunción: CEDEP, 319. La propuesta completa de este autor implica una relación inversa de *forum et ius*,

El problema de estas conexiones valorativamente orientadas radica en que no se puede decir que una es mejor que otra hasta que se construya una solución –al menos hipotética– y ésta pueda compararse con la alternativa. El análisis será provisional, y probablemente el abogado, con motivo de plantearse la estrategia procesal, considere la decisión anticipada, a fin de presentar el caso. A su vez, el juez puede aceptar o no el planteo, y en virtud de la probable decisión desestimar la causa, ya sea porque presume que la jurisdicción afecta negativamente al consumidor, o porque el derecho eventualmente aplicable –en base a los hechos alegados y todavía no probados– puede resultar negativo para sus pretensiones<sup>59</sup>.

Hay que considerar, por tanto, que el resultado que busca evitar la conexión valorativamente orientada puede ser perjudicial en abstracto o en concreto. Si el planteo fuera en concreto, se debe resolver en función de todas las posibilidades que se presentan, y recién después elaborar una solución fraccionada, tomando partes de un derecho y partes del otro. El resultado al que se arrije puede ser favorable a los intereses del consumidor, pero no necesariamente justo<sup>60</sup>.

Del mismo modo, la valoración de la conexión está presente al oponerse el *forum non conveniens*, al comparar el foro alternativo en vistas a que resulte adecuado para la realización de la justicia. Los criterios de admisibilidad o rechazo de la excepción se fundamentan en la valoración de las circunstancias<sup>61</sup>. La solución normativa no deberá omitir la incidencia del orden público en la solución del caso mediante la adaptación, a fin de no renunciar a la búsqueda de la justicia material. De aquí que las nuevas orientaciones pretendan la unificación universal como hipótesis de trabajo e ideal a perseguir<sup>62</sup>.

---

de manera que el consumidor pueda reclamar ante los tribunales cuyo ordenamiento prevea una regulación procesal más proclive a las reclamaciones de consumidores, por cierta especialización en demandas de pequeña cuantía. *Idem*, 320.

59. Es lo que ha tenido en miras el art. 6.2.(b) de la Propuesta canadiense de CIDIP VII, que permite al tribunal negarse a ejercer su competencia en un proceso relacionado con un contrato de consumo, si considera como circunstancia determinante «la ley aplicable a los asuntos incluidos en el proceso relacionado con un contrato de consumo». En el caso del sistema romano-germánico, la valoración suele ser posterior, manteniendo como mecanismo de cierre el orden público. De allí que el principio sea la generosidad jurisdiccional, condicionada a que cada país tenga un sistema de Derecho Internacional Privado justo. *Cfr.* GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, 469.

60. Así resultaba de la aplicación del Tratado de Roma, art. 3.3, al dar prevalencia a las normas imperativas del domicilio del consumidor, en el sentido de que no pueden ser derogadas por las partes. Debía tenerse en consideración si la elección del derecho resultaba perjudicial para el consumidor. *Cfr.* MORSE: «Consumer contracts...», 8.

61. Garro menciona, entre otras, la posible duración del juicio, las facilidades con que cuenta el tribunal, etc. Así, por ejemplo, el valor justicia quedaría conculcado ante un juicio colectivo que durara 10 o 12 años esperando la sentencia definitiva. *Cfr.* GARRO, «*Forum non conveniens*...», 86-91.

62. *Cfr.* SANTOS BELANDRO, Rubén. 2002: «Las nociones de Sociedad Internacional y Estado: dos claves para ingresar al Derecho Internacional Privado uruguayo». En Jan Kleinhersterkamp y Gonzalo Lorenzo Idiarte (coords.): *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen*

Si bien los comentarios anteriores se refieren al derecho aplicable, también en caso de conflicto de jurisdicciones se puede declarar más apta una conexión en vistas a un foro determinado, como mejor forma de hacer justicia procesal. En este sentido, LIMA MARQUES observa que se requieren conexiones especialmente diseñadas para el fenómeno del consumo transfronterizo, a fin de evitar que el sistema protectorio interno sea considerado como un todo normativo de aplicación inmediata o norma de policía, como sucedió en el caso Panasonic<sup>63</sup>. En el caso de los consumidores pasivos, esta autora se inclina por la misma solución, y quien realiza acciones de marketing pretendiendo llegar a consumidores brasileños debe correr con el riesgo de sus actividades en cuanto proveedor. Se le aplicarán las normas imperativas o de aplicación inmediata del país de domicilio o residencia habitual del consumidor<sup>64</sup>.

Una aclaración final en este punto, para responder a posibles críticas y pensando en la actividad legisferante. ¿No debería tomarse en cuenta si un foro es más favorable atendiendo sólo a las consideraciones jurisdiccionales y procesales, sin considerar la posible solución sustancial? Parecería un criterio más preciso y seguro. Párrafos arriba, siguiendo la doctrina allí referida, mencioné que un abogado al plantear el caso o un juez al admitir la jurisdicción tendrán en cuenta la solución final más favorable. Sin embargo, desde un criterio más ajustado, creo que, si se trata de buscar criterios universales de asignación de tribunales competentes, no se deberían mezclar aspectos jurisdiccionales y sustanciales. La asignación del tribunal más favorable se apoyará en aspectos procesales o de aseguramiento de la defensa, o eventualmente la efectividad de la solución, también por posibilidad, economía o efectividad procesal. La variabilidad jurisdiccional no debería fundamentarse en una cambiante solución sobre el fondo del asunto.

De este modo, al aplicarse el *forum non conveniens*, o cuando se evalúa la atribución de competencia en virtud de no incurrir en denegación internacional de justicia, el

---

*Samtleben*. Montevideo: Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht, Fundación de Cultura Universitaria, 207-252, en 224.

63. Caso Panasonic, SJT. REsp. 63.981-SP, 4 de mayo de 2000. Se trataba de un consumidor, turista brasileño, adquirente de una cámara de filmación en Miami, marca Panasonic, fabricada en Japón. Al llegar a Brasil, el equipo sufre un desperfecto y Panasonic do Brasil niega la reparación por no haber sido adquirido en el país, ni importado, ni contar con servicio técnico para ese equipo. Alegó también que Panasonic de Japón con Panasonic do Brasil son empresas independientes, y que el consumidor no había pagado los aranceles de importación. La única conexión de la relación de consumo con el foro era el domicilio del consumidor en Brasil: es más, se trataba de un consumidor activo que había llevado a cabo todos los actos necesarios en el extranjero. *Cfr.* O REsp 63.981-SP, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, de 4 de mayo de 2000 (DJ 20.11.2000). Versión íntegra en RDC 35, 270. El tribunal hizo lugar a la jurisdicción por cuanto la marca era promocionada globalmente y sus ganancias eran universales. Se sentó por tanto un precedente muy discutible, por el cual si una empresa obtiene beneficios en un mercado global, su responsabilidad y garantías también deben ser mundiales.

64. *Cfr.* LIMA MARQUES. *Contratos...*, 147.

criterio no deberá tener en cuenta la solución final. Ésta no deberá estar ligada a los aspectos procesales, ya que cualquiera que fuera el tribunal, se debería arribar al mismo resultado. Cambiantes soluciones de fondo sólo favorecen las conductas especulativas (*opportunistic behaviour*), en este caso oportunismo jurisdiccional, conocido como *forum shopping*. Y éste no dejará de serlo porque favorezca a un consumidor.

En el derecho comparado la solución más acorde con este principio está dada por el ya mencionado Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial. Los artículos 17, 18 y 19 plantean la jurisdicción concurrente, a opción del consumidor, entre el domicilio del demandado o su propio domicilio, o bien otra jurisdicción que fuera prevista contractualmente. Por el contrario, el consumidor sólo puede ser demandado en su propio domicilio. Los criterios generales de la elección del tribunal (art. 25) y del domicilio del demandado (art. 4) son mitigados en caso de tratarse de un contrato de consumo (arts. 17 a 19). El mismo criterio se sigue en otras situaciones de debilidad, como los supuestos que involucran a trabajadores (art. 20 y ss.), o en beneficio del asegurado (art. 10 y ss.)<sup>65</sup>.

Existen otras soluciones propuestas, pero sin vigencia efectiva. Entre éstas, se puede mencionar la propia del Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina<sup>66</sup>, el Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado<sup>67</sup>,

65. De acuerdo a su art. 81, el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015. Si bien la solución es semejante a la de su predecesor, el Reglamento 44/2001, el principal cambio es que será de aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas extracomunitarias, cuando el demandado tenga domicilio en un Estado no perteneciente a la UE. *Cfr.* DURÁN AYAGO, Antonia. 2013: «Europeización del Derecho Internacional Privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo». *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, 29: 1-55, numeral 5.

66. Vale la pena ser mencionado si bien a la fecha este Proyecto está sujeto a un amplio debate y modificación, y no se encuentra en estado parlamentario: art. 2654.- «Jurisdicción. Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor. En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro».

67. Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay, presentado a la Asamblea General el 14 de septiembre de 2004, art. 55, d), por el cual serán competentes los tribunales uruguayos «En materia de contratos con consumidores, si el contrato se celebró en la República o el cumplimiento de la prestación de servicio o entrega de las mercaderías se produjo o debió producirse en la República».

el Protocolo de Santa María<sup>68</sup> o la reiteradamente postpuesta CIDIP VII, en el ámbito de la OEA<sup>69</sup>.

### 2.3. El favor debilis y el Derecho aplicable a las relaciones de consumo

Se han propuesto las normas alternativas abiertas pero limitadas como uno de los instrumentos más utilizados para garantizar resultados materiales equitativos<sup>70</sup>. La técnica alternativa indica el fin material o de favorecimiento deseado, y se denomina «principio del favorecimiento». Algunos son conocidos: *favor negotii*, *favor matrimonii*, *favor legitimitatis*<sup>71</sup>. En el ámbito del consumidor y en el plano del conflicto de leyes, algunos autores han propuesto una regla de autonomía limitada: la elección de las partes sólo prevalecería si fuera ésta la mejor ley, la ley más favorable para el consumidor, debiendo, en caso contrario, aplicarse la ley de domicilio del consumidor. Permanecen

68. Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo MERCOSUR/CMC/dec n.º 10/96, art. 4. «Regla general. 1. Tendrán jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor. 2. El proveedor de bienes o servicios podrá demandar al consumidor ante el juez o tribunal del domicilio de éste». Artículo 5. «Soluciones alternativas. También tendrá jurisdicción internacional excepcionalmente y por voluntad exclusiva del consumidor, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda, el Estado: a) de celebración del contrato; b) de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes; c) del domicilio del demandado».

69. En el ámbito de la OEA, desde 2003 se está proponiendo una Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre protección del consumidor. Existen tres propuestas, de las que cabe mencionar la «Propuesta Conjunta brasileña», que a su vez contiene un Protocolo Adicional sobre jurisdicción internacional en materia de ciertos contratos y transacciones de consumo, a propuesta de la Delegación argentina. Allí se propone: «Art. 1. (Regla general) Tendrán jurisdicción internacional sobre los contratos y transacciones de consumo comprendidas en esta Convención los jueces y tribunales del Estado Parte del domicilio del consumidor. Art. 2. (Soluciones alternativas) Cuando el demandante sea el consumidor, a su elección, también tendrán jurisdicción internacional los jueces y tribunales del Estado Parte: a) del lugar de celebración del contrato; b) del lugar de ejecución del contrato, considerando como tal el de la prestación del servicio o el de la entrega de los bienes; c) del domicilio del demandado». Disponible en [http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII\\_proteccion\\_al\\_consumidor\\_propuesta\\_conjunta\\_brasilena.htm](http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_propuesta_conjunta_brasilena.htm), última visualización el 12 de noviembre de 2013.

70. Para un estudio general de las relaciones entre la justicia material y la seguridad jurídica, ver GOLDSCHMIDT, Werner. 1978: *Justicia y Verdad*. Buenos Aires: La Ley, 522 y ss. La introducción de criterios teleológicos y un mayor margen de atribución al juez, pueden redituarse –siempre dentro de una metodología conflictualista– beneficios notables en la operatividad de las convenciones. Cfr. HERBERT y FRESNEDO DE AGUIRRE, «Flexibilización teleológica...», 56. También DOLINGER, «Evolution of principles...», 347, respecto de la distinción entre *strict rule approach* y *flexible principle approach*. También VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online*, 184. De modo general, también puede consultarse VISCHER, Frank. 1992: «General Course on Private International Law», *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 232. La Haya, 1992: 9-256, en 116 y ss. Asimismo JAYME, «Identité culturelle et intégration...», 44.

71. Cfr. LIMA MARQUES, Claudia. 2002: *A Proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral*. Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional, Serie Temática, volumen I, parte 2, *El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*. Washington, D.C.: Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, 1533.

como límites generales a la autonomía de la voluntad las normas de orden público internacional y las normas de policía<sup>72</sup>.

Respecto del derecho aplicable, esta técnica implica un gran trabajo para el juez competente, que tendrá que verificar si la ley elegida es mejor que la aplicación material de otras leyes en contacto con el consumidor. La tarea no está exenta de riesgos<sup>73</sup>. DENNIS llama la atención sobre las dificultades prácticas que tiene esta solución, en cuanto a determinar cuál será esa ley más favorable al consumidor.

Por ejemplo, ¿cómo se puede identificar qué parte o partes del derecho de un país resultan más favorables al consumidor? ¿Sería distinta la solución para para cada caso y para cada aspecto del caso? ¿Sería distinta la solución si el tema a decidir tiene que ver con la validez del contrato, con la carga probatoria, con las consecuencias del incumplimiento, el monto de una posible reparación, las probabilidades de obtener reparación en virtud de las leyes sustanciales de un país (incluso si el monto a recuperar fuere potencialmente inferior), la manera de determinar o medir los daños, los plazos de prescripción u otros parámetros? ¿Sería posible aplicar más de una ley con respecto a un reclamo determinado?

Habitualmente se hace referencia a la funcionalidad del *pro consumptore* en el régimen de interpretación de los contratos de consumo, pero el campo de aplicación del *favor debilis* es más amplio. Así, por ejemplo, tiene directa incidencia en la determinación de la responsabilidad solidaria de la cadena comercial cuando el consumidor sufre daños por productos defectuosos, donde se ve favorecido por las presunciones y las cargas probatorias. También cuando, en los créditos para el consumo, se reconoce la conexidad contractual prevaleciente sobre el principio del efecto relativo de los contratos.

Otro tanto se puede decir, en Derecho Internacional Privado, respecto de la duda que puede presentarse ante la calificación de la relación de consumo, tanto a los fines jurisdiccionales como del derecho aplicable. Si las calificaciones *lex fori* y *lex causae* de

72. Así opina Toniollo, quien considera –en referencia al derecho aplicable– que el juez debe procurar una armonización de las conexiones con el mandamiento de protección del consumidor y, por lo tanto, que el consumidor (no el juez) elija entre la residencia habitual (1209, 1210, 1212, 1213 CC), la *lex loci celebrationis* (1205 CC) o la *lex loci executionis*, la que resulte más favorable. Cfr. TONIOLLO, Javier Alberto. 1998: «La protección internacional del consumidor – Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino». *Revista de Derecho del MERCOSUR*, n.º 6. Buenos Aires: Ed. La Ley, 1998: 94-117, en 99.

73. DENNIS, Michael J. 2007: «Diseño de una agenda práctica para la protección de los consumidores en las Américas». En Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (coords.): *Protección de los Consumidores en América*. Asunción: La Ley, 219-237, en 232. Similares comentarios hace VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, 242-244, donde descarta que en el marco de la Propuesta de CIDIP VII se pueda hacer lugar al *depeçage*, en virtud de que el art. 7.4 sólo permite la aplicación de una ley estatal o derecho de un Estado. Como ejemplo de las dificultades y de una decisión judicial contraria al principio de interpretación más favorable al consumidor, menciona el caso EasyCar, al que ya me referí (cfr. supra 547).

la supuesta relación de consumo dieran resultados dispares, y en un caso no se hiciera lugar al régimen protectorio, lo que llevaría al juez a declararse incompetente o hacer muy gravosa la defensa en juicio, habría que aplicar la calificación más favorable de tal modo de facilitar el acceso a la jurisdicción de la parte débil<sup>74</sup>.

Otra aplicación concreta del *favor debilis* la podríamos encontrar en la integración de los términos del contrato, de acuerdo con el principio protectorio. A modo de ejemplo, cuando el Protocolo de Santa María establece en el art. 5. b) que el consumidor podrá demandar al proveedor en el «lugar de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes», no indica qué debe entenderse por lugar de entrega<sup>75</sup>. Es previsible que el juez califique de acuerdo a su *lex civilis fori*, y si en caso de la venta de bienes muebles aplicara el uso característico del comercio internacional, el lugar de entrega termine resultando el mismo domicilio del proveedor<sup>76</sup>. Por ejemplo, considerando uno de los usos más típicos del tráfico internacional, no parece sencillo aplicar a una compraventa internacional de consumo la totalidad de las disposiciones de las cláusulas FOB o FCA de los Incoterms de la CCI. Las características principales de estos usos del comercio internacional son, por una parte, el traspaso del riesgo de la mercadería en la plaza del exportador, ya sea al cruzar la borda en el transporte marítimo o la carga en el medio del transportista terrestre o aéreo y, por otra, la distribución de los costos requeridos para el transporte, seguros, gastos aduaneros, etc.

En el caso de una operación de consumo, que implica la venta de una o pocas unidades, lo usual será que el transportista lo designe el vendedor, cosa prevista de modo contrario en los referidos Incoterms. El riesgo sería así trasladado al consumidor en el momento del despacho, lo que tampoco es razonable por la falta de control que tiene el comprador, a diferencia de las operaciones de comercio internacional, donde intervienen peritos, se emite documentación bancaria, instrumentos de transporte o pólizas de seguro endosables.

Debido a que los montos en juego son mucho menores, también se requiere menos emisión de documentación respaldatoria, propia de la generación de confianza y

74. PERUGINI ZANETTI, Alicia. 2005: «Derecho Internacional Privado del Consumidor». Relato del XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Rosario: Sección Derecho Internacional Privado, n.º 66-6.

75. Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo MERCOSUR/CMC/dec n.º 10/96, que aún no entró en vigencia.

76. En este sentido, no estoy de acuerdo con la calificación de «lugar de entrega» que hace el art. 27 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de la República Argentina, más aún cuando se trata de una calificación especial para contratos con consumidores: «Se considera que lugar de entrega de las mercaderías, salvo estipulación diferente, es el lugar determinado por la cláusula FOB, definida por los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional». Me refiero al Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado para la República Argentina, elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las resoluciones 134/02 y 191/02 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Tuvo estado parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación, bajo el número 2016-D-04.

garantías usuales en los negocios mercantiles. Pero como de todos modos los proveedores de operaciones de consumo indican en el documento de venta de que se trata de una operación «FOB», ¿qué queda de ese uso y costumbre que pueda ser aplicable a una venta de consumo? Parece claro que los Incoterms quedarían desnaturalizados. Por tanto, una conclusión preliminar podría ser que el contenido y los límites de la *nova lex mercatoria* resultan inapropiados en términos de protección del consumidor. Las condiciones generales de contratación no necesariamente establecen como lugar de entrega el domicilio del consumidor en el extranjero; por el contrario, la mayoría de los documentos de venta indican que la operación será en condiciones CIF o FOB. De este modo, el riesgo del envío se trasladaría al consumidor en el domicilio del sitio web desde donde se despacha la mercadería o donde está ubicado el servidor desde donde se descarga la información. Por tanto, creo que resulta definitivo que 'lugar de cumplimiento', a los fines de la relación de consumo, sea interpretado como el lugar donde se hace posible el disfrute o puesta a disposición del producto para su consumo. Nada impide que los términos comerciales referidos se utilicen en compraventas con consumidores, siempre y cuando no sean desnaturalizados. ¿Estandremos ante una nueva costumbre comercial propia de estos contratos, complementaria o modificatoria de otra costumbre reglamentada, propia de los profesionales? ¿Será oportuno generar uno o más Incoterms específicos de operaciones de consumo o al menos para el mercado virtual?

De esta manera, haciendo aplicación interpretativa del *in dubio pro consumptore*, se puede afirmar que, en una compraventa internacional de consumo, el derecho aplicable será el del lugar donde el consumo es efectivo (por lo general, el domicilio del consumidor), mientras que la jurisdicción puede localizarse en el lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones<sup>77</sup>.

## 2.4. La distinción entre consumidores activos y pasivos es una aplicación del favor debilis

La localización de la relación jurídica por su causa fin y por la actividad desarrollada tanto por el proveedor como por el consumidor también tiene relación con el *favor debilis*. Se trata de la clasificación entre consumidores activos y pasivos. Es un modo de favorecer a la contraparte de un contrato que no tiene dominio sobre la relación jurídica y que es invitada a contratar por un experto que predispone la situación de consumo

77. Cfr. TONIOLLO, «La protección internacional del consumidor...», 100-101. El autor llega a esta conclusión luego de interpretar sistemáticamente el art. 1212 CC, en el sentido de «la naturaleza de las obligaciones», tanto por la debilidad del consumidor como por la característica tipificante del «consumo final».

mediante publicidad o porque dirigió sus actividades al Estado donde se domicilia el consumidor<sup>78</sup>.

El principio bajo análisis será entonces el fundamento para establecer las categorías diferenciadas de consumidor pasivo y activo. El primero es quien recibe ofertas, productos o celebra el contrato en su territorio; es consistente con una consideración especular de un proveedor activo. Es el consumidor que consume donde reside, y por tanto es coherente la protección de la residencia habitual. Por el contrario, el consumidor que «consume» en el extranjero tiene la protección del lugar de consumo. Como se puede observar, esto es insuficiente para proteger al consumidor móvil o al consumidor activo<sup>79</sup>. Esta distinción entre consumidores activos y pasivos es receptada, por ejemplo, por la Propuesta conjunta brasileña de CIDIP<sup>80</sup>:

art. 6. 1. (Elección limitada y válida del derecho aplicable al consumidor pasivo). Los contratos y transacciones internacionales realizados estando el consumidor en el Estado de su domicilio, especialmente en caso de contratación a distancia, se rigen por el derecho elegido por las partes, quienes pueden optar por el derecho del domicilio del consumidor, del lugar de celebración, del lugar de ejecución o de la sede del proveedor de los productos o servicios; dicho derecho será aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor.

2. (Determinación de la ley más favorable al consumidor pasivo). A tales efectos se consideran como opción más favorable al consumidor las siguientes en su respectivo orden: a) el derecho del domicilio del consumidor; b) el derecho de la residencia común del consumidor y de uno de los establecimientos del proveedor de productos y servicios; c) el derecho del lugar de celebración o del lugar de ejecución, si coincidiera con el lugar del domicilio, del establecimiento principal o sede del proveedor de los productos o servicios, que actuó en el contrato en una condición que no sea la de mero distribuidor.

Los consumidores pasivos son, por tanto, los ‘atacados’ por la ofensiva publicitaria y contractual del empresario. La protección diferenciada está prevista para éstos, no así para los activos, que son quienes se trasladan o toman cualquier otra iniciativa frente a la contratación<sup>81</sup>. Se puede ver con claridad la importancia que

78. Se trata de los denominados «proveedores activos». En términos del Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, art. 17, c), «cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades».

79. Cfr. MENICOCCHI, Alejandro Aldo, 2006: «Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional en Derecho del Consumidor». En Adolfo A. N. Rouillon (dir.) y F. Daniel Alonso (coord.): *Código de Comercio Comentado y Anotado*. Buenos Aires: La Ley, tomo V, 1249-1271, en 1261.

80. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, 122-127.

81. Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. 2003: «Contratos con “parte débil”». En Fernández Arroyo (coord.): *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*.

tiene la calificación para delimitar el marco protectorio. No será indiferente en orden a la localización el hecho de que el proveedor se dirija al domicilio del consumidor mediante publicidad u otro acto tendiente a la celebración y cumplimiento del acto de consumo, o bien que el consumidor se traslade al domicilio del proveedor, para allí celebrar el contrato o recibir las prestaciones<sup>82</sup>. Esta calificación también es tenida en cuenta por el Proyecto uruguayo de Ley general de Derecho Internacional Privado, en su art. 49.2, por el cual los contratos que se celebren y cumplan en la República se regirán por las leyes uruguayas, siendo competentes los propios tribunales<sup>83</sup>.

En el comercio internacional existe una calificación complementaria a la de los consumidores activos o pasivos. Se trata de una norma que es parte del derecho interno de muchos países y por tanto de aplicación obligatoria, cuyo ámbito de aplicación son las compraventas de bienes muebles. La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en el art. 2, establece que se excluye el ámbito de aplicación material cuando se trate de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico. Ahora bien: esta calificación está pensada para excluir las relaciones de consumo; por tanto, no resultarán aplicables las disposiciones materiales de

---

Buenos Aires: Zavallá Editor, 1029. La cuestión fue igualmente considerada en la Convención de La Haya sobre ventas a consumidores, art. 5, en términos casi idénticos a los de la Convención de Roma de 1980. Cfr. VON MEHREN, Arthur Taylor. 1980: «La Conferencia de La Haya, Ventas a los Consumidores y el Reporte Von Mehren». Traducción de Adriana Sánchez Mussi del original en inglés en *The Hague Conference in International Private Law, Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), Miscellaneous matters/ Consumer sales, Report*, vol. II, 179. En Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez, *Protección de los Consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*. Asunción: CEDEP-LA LEY, 2007, 39-55, en 50-51. En el marco de la Propuesta de CIDIP VII se establece un marco diferenciado para el derecho aplicable, si el consumidor contrató en su domicilio (en cuanto lugar de celebración) o si se trasladó para consumir, típico caso del turista. En ambos casos se los denomina consumidores activos y pasivos. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor on line...*, 184.

82. Protocolo de Santa María, art. I.1.c) «[...] Esta disposición se aplicará siempre que la celebración del contrato haya sido precedida en el Estado del domicilio del consumidor, de una propuesta específica o de una publicidad suficientemente precisa y que éste hubiere realizado, en ese Estado, los actos necesarios para la conclusión del contrato». De todos modos, como indica Lima Marques, hoy día, mediante la utilización de los medios de comunicación, tanto el consumidor como el proveedor pueden ser “activos” sin moverse de su casa. LIMA MARQUES, «O novo Direito internacional privado...», 262-263.

83. La proyectada norma uruguaya tiene importancia para un país que recibe turistas de modo habitual. Si los comerciantes estuvieran expuestos a que los visitantes los pudieran demandar en el domicilio del consumidor, sería una fuente de inseguridad permanente. Esta norma se complementa con el art. 55 d), que establece la jurisdicción uruguaya (aparentemente exclusiva) si el contrato de consumo se celebró en Uruguay, y el cumplimiento se produjo o debió producirse en la República. El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la República Argentina toma en cuenta esta distinción. «Art. 2655.- Derecho aplicable. Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento».

la Convención y sí el derecho tuitivo. Es decir, que si es mercadería para uso personal familiar o doméstico, estamos fuera del derecho del comercio internacional y dentro del Derecho Internacional Privado del consumo. Lo que resulta patente es que esta calificación no es útil para todo un sistema protectorio, y menos para la determinación de la jurisdicción competente, si ésta es considerada extraordinaria. No podríamos apelar a la analogía de esta calificación, ya que los fundamentos son bien diferentes. Así y todo, pese al reducido ámbito de aplicación, no habrá que olvidar esta noción de consumidor que brinda la Convención de Viena, cuando estemos ante la situación que pretende regular o, mejor dicho, excluir de su regulación.

Se trata de un caso inverso al *in dubio pro consumptore*, ya que si el comerciante no sabía ni debía saber que contrataba con un consumidor, se verá beneficiado por la aplicación de la Convención, y la relación quedará excluida del régimen tuitivo del derecho interno con vocación para regular el caso.

La distinción entre consumidores activos y pasivos no está exenta de dificultades, especialmente en economías integradas, donde en aras de la seguridad jurídica se trata de lograr un balance que tenga en cuenta las expectativas de los productores, más conformes con la «ley del origen»<sup>84</sup>. Este asunto es especialmente delicado en el comercio electrónico, ya que el productor tiene que ser muy precavido al decidir proveer a consumidores que pueden acceder a sus ofertas desde cualquier lugar del mundo.

### 3. OTRAS APLICACIONES DEL FAVOR DEBILIS

#### 3.1. *El principio pro victimae como concreción del favor debilis y la responsabilidad por productos defectuosos*

Una categoría específica de sujetos débiles está constituida por las víctimas de actos ilícitos. En el caso de consumidores, podemos encontrar aquí otra aplicación concreta del *favor debilis*, para los supuestos de daños sufridos en razón de productos defectuosamente producidos o diseñados. El consumidor tendría ante sí distintas opciones jurisdiccionales concurrentes:

- a) puede reclamar en el lugar de fabricación, que podrá o no ser coincidente con el domicilio del proveedor; en ese caso, puede iniciar la demanda con fundamento en el incumplimiento de los estándares vigentes en el país de producción;
- b) a su vez, puede reclamar en su propio domicilio como lugar de acaecimiento del daño; en este último caso, podrá invocar la aplicación de los estándares

84. Cfr. DURÁN AYAGO, «Europeización del Derecho Internacional Privado...», numeral 58.

de calidad del país de origen acumulativamente con los propios, en razón de tratarse de reglamentaciones de cumplimiento obligatorio;

- c) también podrá demandar al fabricante en su sede social o principal asiento de los negocios, coincidente con el clásico domicilio del demandado;
- d) adicionalmente, las normas que establecen los estándares de producción son leyes imperativas que obligan al juez del lugar de fabricación. Se trata, por tanto, de un supuesto de *forum causae* que debería ser considerado en la limitación del *forum non conveniens*.

En definitiva, para facilitar el acceso a la jurisdicción y la reparación del daño, se debe optar por la solución que mejor resuelva el *favor victimae*. Lo mismo se podrá decir en caso de damnificados no consumidores. El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial tiene en cuenta esta situación:

Artículo 2656.- Jurisdicción. Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil: a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos.

Ante la verificación de que el daño al consumidor se produjo como consecuencia de un problema de fabricación o diseño, y en extraña jurisdicción a la del fabricante, es importante hacer algunas aclaraciones respecto de la calificación del «lugar de fabricación». La situación no debería presentar mayores problemas, y el lugar donde el producto es manufacturado coincidirá con el domicilio del demandado. Las dificultades surgen cuando hay múltiples participantes en la cadena de producción, o el fabricante es un productor a maquila o *façon*, anónimo para el consumidor medio.

De acuerdo al art. 40 LDC las responsabilidades son independientes pero solidarias de cada uno de los integrantes de la cadena de aprovisionamiento. El fabricante es responsable de la fabricación «defectuosa». Los requisitos de calidad están dados por el lugar de producción, pero también acumulativamente con los del lugar de comercialización o puesta a disposición. Así, no debería ser responsable un fabricante que ha cumplido con los estándares de calidad del lugar de fabricación y el daño se produce porque el producto se utiliza en un territorio que incorpora otros parámetros técnicos, dónde él no quiso comercializarlo. Lo mismo si el uso resulta incorrecto sin culpa del fabricante, que nunca pensó ni quiso que sus productos fueran vendidos en ese país.

En esta última circunstancia, el lugar de fabricación donde debe cumplirse con los estándares o con las normas regulatorias funciona a modo de ‘lugar de cumplimiento’. Esto impactará tanto en aspectos procesales, jurisdiccionales o sustanciales: una diferente interpretación del nexo de causalidad, distintos plazos de prescripción o modo de probarse los hechos, etc. Lo mismo se puede decir respecto de los estándares de calidad, cuando difieren entre una u otra jurisdicción, y proyectan sus efectos sobre la demostración de la culpa, el deber de diligencia, el cumplimiento de normativas

regulatorias, etc. En este sentido también se interpreta el contenido del «estado del arte» como causa exculpatoria. Estos límites y deberes de conducta del proveedor, desde el punto de vista del consumidor demandante en extraña jurisdicción, son parte de la *lex fori* que aquí se identifican con la *lex causae*. La conexión en este supuesto no está construida sobre el *locus actio*, ya que el daño se reclama en virtud de la ilicitud consistente en incumplir con los deberes de fabricación.

También puede ser relevante para optar por la jurisdicción del tribunal del lugar de fabricación las mayores posibilidades que tiene el consumidor de obtener una adecuada reparación. En los países industrializados es más alto el estándar de responsabilidad que obliga a los productores –y por tanto más clara la demostración de la culpa o negligencia–. El tribunal debe aplicar los estándares de fabricación o de responsabilidad propios; por tanto, la regla de jurisdicción se puede derivar del derecho aplicable.

La teoría de la apariencia viene en nuestra ayuda. El producto manufacturado en un país, y así indicado y publicitado frente al consumidor, genera una expectativa de calidad vinculada a ese lugar de fabricación. No en vano las leyes de lealtad comercial obligan a consignar ese origen, como elemento informativo relevante frente a la decisión de consumo. Por tanto, de aquí se puede obtener una regla de competencia: cuando el juez debe aplicar normas de orden público interno, resulta automáticamente competente.

En Argentina, la Ley 22.802 de Lealtad Comercial es clara en cuanto a la obligación de indicar el origen de un producto, sin admitir excepciones ni atenuantes:

Art. 1: Los frutos y los productos que se comercialicen en el país envasados llevarán impresas en forma y lugar visible sobre sus envases (...) b) Nombre del país donde fueron producidos o fabricados.

Queda claro que la indicación del lugar de fabricación es un mensaje, con las características de «signo distintivo», al menos desde la óptica del consumidor. La indicación legítima de que un producto es «Made in Germany», «Made in Japan», «Made in Sweden», «Swiss made», «Product of China» o «Product of Malaysia» manifiesta al consumidor que la cosa cumple con los estándares de calidad que identifican la «marca país». Que cada uno tome su decisión en base a esta información.

Además de estos argumentos, considero que las afirmaciones de las empresas respecto a las buenas prácticas, o su adhesión a códigos de conducta, reglamentos, etc., son exigibles de acuerdo a lo normado como principio general en el derecho de obligaciones: el valor vinculante de la manifestación unilateral de voluntad (art. 917 y concordantes del CC). Nunca podrá dejarse de lado la doctrina de los actos propios o *estoppel* (*nemo contra factum proprium venire potest*), que no habilita a crear una expectativa sobre las propias declaraciones para luego no satisfacerlas. La doctrina de la apariencia también coadyuvará a la operatividad de la ‘doctrina de los actos propios’, agravada por la calidad de profesional que reviste el proveedor. Será de aplicación a

este respecto el art. 902 del CC, por cuanto será mayor la responsabilidad de aquellos que tienen pleno conocimiento de los hechos y las cosas.

La responsabilidad del proveedor que actúa bajo un reglamento o código de buenas prácticas también le puede ser imputada en función de la creación del riesgo que pone en marcha con su actividad. En su condición de experto, ha previsto y acepta riesgos evitables mientras que los consumidores ni los han creado ni han tenido la oportunidad de preverlos, evitarlos o asegurarse contra ellos. Queda así determinada la distribución en los costos y las pérdidas de la empresa común, en este caso el negocio bilateral. Cada vez que un profesional pone en marcha un sistema de provisión, un servicio o introduce un producto nuevo en el mercado, asume algún grado de riesgo en el que el inexperto no interviene. Parece claro que al proveedor debe atribuirse una mayor carga de esos costos derivados, aunque las directrices o reglamentos no resulten legalmente obligatorios. En definitiva, ante la duda de si una jurisdicción es competente o cierto derecho es aplicable, las consideraciones precedentes implican una clara aplicación del *in dubio pro consumptore*<sup>85</sup>.

### 3.2. El favor debilis en los procesos arbitrales y en las acciones colectivas

El principio *favor debilis* también tiene injerencia –como no puede ser de otra manera– en los aspectos procesales<sup>86</sup>. Supongamos una cláusula de elección de foro en un contrato internacional de consumo, impuesta por el proveedor de un sitio web, admisible en el país de origen de las mercaderías o los servicios. Así y todo, habrá que tener en cuenta la validez del pacto en el domicilio del consumidor, ya que si de acuerdo a este sistema jurídico se establece que afecta la autonomía de la voluntad o fue impuesta abusivamente, o bien que en su ejercicio se deja indefenso al consumidor, el intérprete podría determinar, mediando la aplicación del *favor debilis*, que se conculca

85. En este sentido el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial resulta pobre, al no considerar estas alternativas. «Artículo 2657.- Derecho aplicable. Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país».

86. De modo general para este punto, Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, «O novo Direito internacional privado», 261-293. En el orden interno podemos encontrar una manifestación de la aplicación del *favor debilis* en la órbita procesal en el art. 53 de la LDC, referido a la carga probatoria dinámica: «Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio».

la garantía del debido proceso. Entonces el juez abrirá el *forum actoris* para no dejar en indefensión al consumidor transfronterizo, aun cuando no existiera una convención internacional que lo hubiera legislado expresamente<sup>87</sup>.

Un ejemplo de la influencia del *favor debilis* en los procesos arbitrales, referido a normativa comunitaria, son las disposiciones existentes en la UE. En las recomendaciones 98/257/EC, de 30 de marzo de 1998 y 201/310/EC, de 4 de abril de 2001, la Comisión estableció especiales disposiciones aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, en cuanto a procedimientos que garanticen la imparcialidad e independencia del órgano, la seguridad y la eficacia del procedimiento, la publicidad y la transparencia de la actuación, la libertad y audiencia de las partes, o el carácter gratuito o costo moderado del procedimiento<sup>88</sup>.

Otra situación similar se presenta en el sistema arbitral *online* de consumo, donde se admite de modo general y como manifestación de la equidad que las partes tienen el derecho a no aceptar o a abandonar el procedimiento en cualquier momento y recurrir al sistema judicial. Así, por ejemplo, tratándose de una contratación comercial electrónica el consumidor tiene el derecho a decidir si acepta la propuesta que se le presenta para resolver el litigio, para lo cual deberá ser informado en forma clara y en lenguaje comprensible del contenido de la posible solución<sup>89</sup>.

Un supuesto particular lo constituye la admisibilidad o no de un consumidor extranjero en una acción colectiva. ¿Puede un consumidor –argentino por caso– presentarse en un proceso colectivo abierto en el extranjero? ¿Puede un consumidor extranjero presentarse en un proceso colectivo local?<sup>90</sup>.

87. Cfr. SCHÖTZ, Gustavo J. 2003: «El consumidor en Internet». En Ricardo Lorenzetti y Gustavo Schötz (coords.): *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Ábaco, 2003.

88. Cfr. FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. 2008: «El Arbitraje Online en el Comercio Internacional». Ponencia en el Comité XVIII, Derecho arbitral internacional, de la XL Conferencia Federación Interamericana de Abogados, *IABA E-Law Review*, n.º 1/2005, n.º 2.8, disponible en <http://www.iaba.org> última visualización 2 de octubre de 2013. También disponible en <http://www.fihsabogados.cl/publicaciones/arbitraje.htm>.

89. *Idem*, n.º 2.8, h).

90. La cuestión es relevante, porque podría tratarse de una posible solución a la «paradoja de la nimiedad», entendiendo por ésta la escasa cuantía de los reclamos y la difícil sustanciación de un proceso cuando los costos procesales son inaccesibles. Como indica PAVA: «Sólo con tener que notificar la demanda en un país extranjero quedan descartados la mayoría de los casos relacionados con consumidores y, por más que muchos tratados garanticen la gratuidad de los actos procesales transfronterizos, la sola necesidad de contar con un corresponsal hacen de esa gratuidad una quimera. Difícilmente puedan superarse estos escollos mediante los *punitory damages* o las *acción class*: la ecuación económica de un caso transfronterizo generalmente no cierra». PAVA, Roberto Martín. 2011: «Jurisdicción internacional en contratos entre consumidores y bancos», Comentario al fallo CNCom, Sala B, 22/06/05, «Volpi, María Celia c/ Unión de Bancos Suizos». En *Libro en homenaje a Enrique Butty*. Buenos Aires: IJ Editores-Universidad Austral, nota 3. La respuesta en Brasil parece ser positiva, en cuanto que las asociaciones de consumidores pueden invocar las garantías constitucionales e incoar acciones clase, también en el orden internacional. Cfr. LIMA MARQUES, Claudia. 2010: «Brésil». En Diego Fernández Arroyo (ed.): *Consumer Protection in International Private Relationships*. Asunción: CEDEP, 47-95, en 56.

Las modernas Constituciones prevén que los ciudadanos puedan accionar de modo conjunto cuando están en juego derechos de incidencia colectiva. Para que esto sea posible, es necesario verificar: a) cuál es la naturaleza jurídica del derecho en juego; b) quiénes son los sujetos habilitados a reclamar protección; c) bajo qué condiciones puede resultar admisible una acción; y d) cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte<sup>91</sup>. Si bien la mayoría de los estudios se refieren a derechos de los ciudadanos hacia el interior de su Estado, el mismo análisis se puede verificar en las relaciones transfronterizas. Es más: pareciera que sin la herramienta de los procesos colectivos, en cuanto facilitadora de la justicia procesal, difícilmente se pueda lograr la justicia sustancial<sup>92</sup>.

En definitiva, para el ejercicio de acciones colectivas contra proveedores en casos transfronterizos de protección del consumidor, deberemos estar ante una relación de consumo que implique la existencia de un interés plurindividual homogéneo o transindividual. Éste se manifestará en la existencia de múltiples relaciones de consumo. Los bienes podrán ser homogéneos, cuantificables individualmente, tal el caso de un grupo de afectados por prácticas bancarias fraudulentas o pasajeros de una misma línea aérea. Asimismo, puede tratarse de un bien indivisible y no fraccionable por cuotas adjudicables a cada uno de los titulares; tal sería el caso de un organismo administrativo o judicial que se negase de modo sistemático a recibir denuncias de consumidores por hechos sucedidos en el extranjero.

La Propuesta de Ley Modelo Interamericana prevé procedimientos para la solución de controversias y reparación colectiva y/o representativa en caso de perjuicios comunes a los consumidores. Es una solución adecuada, ya que atiende a la realidad de que en ciertas circunstancias los perjuicios son causados a los consumidores de forma similar por la misma empresa o por empresas vinculadas. Puede tratarse de procedimientos y organismos judiciales o administrativos que permitan la reparación, tanto monetaria como sustitutiva<sup>93</sup>.

La mencionada propuesta, al referirse a quiénes son los sujetos legitimados para efectuar los reclamos, establece:

91. Cfr. DENNIS, «Diseño de una agenda práctica...», 228-230.

92. Cfr. PAREDES PÉREZ, José Ignacio. 2006: «La tutela jurisdiccional internacional de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Problemas actuales y propuestas de futuro». *Estudios sobre Consumo*. Madrid, 2006, vol. 79: 75-87, en la Introducción. Si bien este autor se refiere a los procesos colectivos en el marco intracomunitario, sus conclusiones son perfectamente aplicables a este estudio. La razón de ser de las acciones colectivas es tratar de equilibrar la desigualdad procesal en que se hallan los consumidores frente a los profesionales, lo que se agrava en procesos de escasa cuantía en el ámbito transfronterizo. Critica la ausencia de este tipo de acciones en el Reglamento 44/2001 y la falta de previsión en la legislación interna en muchos de los países de la UE.

93. Propuesta de Guía Legislativa para una Ley Interamericana respecto a la disponibilidad de medios de solución de controversias y restitución a favor de los consumidores presentada por los Estados Unidos de América para la CIDIP VII (agosto de 2008).

4.4 Las siguientes partes estarán legitimadas para iniciar un procedimiento según se describe en este artículo:

4.4 (1) Un consumidor individual en nombre propio y en representación de otros consumidores que busquen la reparación por los perjuicios causados a los consumidores en forma similar, por la misma entidad o por entidades vinculadas;

4.4 (2) Una parte o partes representativas, incluyendo una asociación de consumidores, actuando en representación de un grupo de consumidores que busquen la reparación por los perjuicios causados a los consumidores en forma similar, por la misma entidad o por entidades vinculadas;

4.4 (3) Una autoridad ejecutora gubernamental, incluyendo cualquier autoridad ejecutora de protección al consumidor o cualquier otra autoridad competente...

Es importante, en estos procesos colectivos, verificar que los derechos subjetivos no pierdan su virtualidad por agotarse la vía al no haber participado el consumidor –no estar incluido en el grupo–, o por no haber podido ejercer su opción de excluirse de la clase o de la acción colectiva. En este sentido, resultan por demás relevantes las disposiciones referidas a las notificaciones a los consumidores, ya que éstos pueden estar desperdigados por distintos países<sup>94</sup>. En el marco internacional, las cuestiones de litispendencia, cosa juzgada y excepción de incompetencia requieren un tratamiento diferenciado<sup>95</sup>.

## 4. CONCLUSIÓN

En definitiva, la aplicación del principio será una herramienta útil en manos del intérprete para elaborar las soluciones. En algún caso, será el argumento para evitar el *forum shopping* que perjudique al consumidor; en otro, será la puerta del *forum necessitatis* o del *forum non conveniens*. También, ante la duda sobre la interpretación de una cláusula o términos del contrato, ante dificultades para calificar la relación como de consumo a los fines de aplicar un sistema protectorio, o bien al decidir aplicar una solución alternativa a la resolución del caso cuando la norma de conflicto lo permita o exista un vacío legal.

94. Cfr. n.ºs 4.6 y 4.7 de la Propuesta de Ley Modelo Interamericana. La cuestión es tenida en cuenta en el orden interno por el art. 54 de la LDC, al referirse a las acciones de incidencia colectiva: «[L]a homologación del acuerdo requerirá de auto fundado, que deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales se aparten de la solución adoptada». A su vez, «La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga (*ibidem*)».

95. Cfr. SOTO, Alfredo Mario. 2009: *Temas estructurales del Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Editorial Estudio, 66 y 119.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. 1989: «La debilidad jurídica en la contratación contemporánea», *DJ*, 1989-1.
- BACIGALUPO, Enrique. 1998: *Manual de Derecho Penal*. Cuarta reimpression. Bogotá: Temis.
- BATIFFOL, Henri. 2002: *Aspects philosophiques du droit international privé*. París: Dalloz, reedición.
- BOGGIANO, Antonio. 1981: «International Standard Contracts, a Comparative Study». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 170. La Haya.
- BOGGIANO, Antonio. 1993: *La Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica. Universalidad y genius loci*. Buenos Aires: La Ley.
- 2005: *Derecho Internacional Privado*, 5.ª ed., t. I. Buenos Aires: Depalma.
- BONELL, Michael Joachim. 1997: *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit Principles o International Commercial Contracts*. Second enlarged Edition. New York: Transnational Publishers.
- CANARIS, Claus-Wilhem y GRIGOLEIT, Hans Christoph. 2004: «Interpretation of Contracts». En Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar Du Perron y Muriel Veldman (coords.): *Towards a European civil code*. Nijmegen.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. 2005: «Criterios integrativistas para la atribución de jurisdicción en relaciones de consumo». Comunicación al XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección Derecho Internacional Privado.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. 2013: «El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones». *La Ley*, 31 de enero de 2013, año XXXIV, n.º 8013, 1-4.
- DENNIS, Michael J. 2007: «Diseño de una agenda práctica para la protección de los consumidores en las Américas». En Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (coords.): *Protección de los Consumidores en América*. Asunción: La Ley, 219-237.
- DOLINGER, Jacob. 2000: «Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 283. La Haya.
- DURÁN AYAGO, Antonia. 2013: «Europeización del Derecho Internacional Privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo». *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, 29, 1-55.
- FERNÁNDEZ, Raymundo L.; GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María Valentina. 2007: *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*. 2.ª ed., tomo I-A. Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. 2003: «Contratos con “parte débil”». En Fernández Arroyo: *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavalía Editor.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. 2008: «El Arbitraje Online en el Comercio Internacional». Ponencia en el Comité XVIII, Derecho arbitral internacional, de la XL Conferencia Federación Interamericana de Abogados, *IABA E-Law Review*, n.º 1/2005, n.º 2.8, disponible en <http://www.iaba.org> [última visualización 2 de octubre de abril de 2013].
- FINNIS, John. 1980: *Ley Natural y Derechos Naturales*. Traducción castellana de Cristóbal Orrego Sánchez de *Natural law and natural rights*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- GARRO, Alejandro. 2003: «Forum non conveniens: “availability” and “adequacy” of Latin American fora from a comparative perspective». *Inter-American Law Review*, vol. 35: 1 (2003-2004).
- GOLDSCHMIDT, Werner. 1978: *Justicia y Verdad*. Buenos Aires: La Ley.
- 1985: *Derecho Internacional Privado*. 5.ª ed. Buenos Aires: Depalma.

- HERBERT, Ronald y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. 2002: «Flexibilización teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano». En *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 55-76.
- HERZOG, Peter E. 1992: «Constitutional limits on choice of law», *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1992-III, vol. 234, 239-329.
- HOWELLS, Geraint G. 2006: «The Rise of European Consumer Law - Whither National Consumer Law?», *Sydney Law Review*, 2006.
- JAYME, Erik. 1995: «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Course général de droit international privé», *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1995, vol. 251. La Haya, 9-268.
- LIMA MARQUES, Claudia. 2002: *A Proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral*, Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional, Serie Temática, vol. I, parte 2: *El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*. Washington, D. C.: Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos.
- 2005: «O novo Direito internacional privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior». *DeCITA*, 2005, n.º 4. Buenos Aires.
  - 2006: *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 5.ª ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais.
  - 2010: «Brasil». En Diego Fernández Arroyo (ed.): *Consumer Protection in International Private Relationships*. Asunción: CEDEP, 47-95.
- LÓPEZ CAMARGO, Javier. 2003: «Derechos del consumidor: consagración constitucional en Latinoamérica». *REVISTA e - Mercatoria*, 2003, vol. 2, n.º 2.
- LORENZETTI, Ricardo. 1994: «El derecho privado como protección del individuo particular». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 7: *El Derecho Privado en la reforma constitucional*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- LORENZETTI, Ricardo. 2003: *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- MENICOCCHI, Alejandro Aldo. 2006: «Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional en Derecho del Consumidor». En Adolfo A. N. Rouillon (dir.) y Daniel F. Alonso (coord.): *Código de Comercio Comentado y Anotado*, tomo V. Buenos Aires: La Ley, 1249-1271.
- MOISSET DE ESPANES, Luis y TINTI, Guillermo. 2003: «El consumo, el derecho del consumidor y la regla favor debitoris». En Ricardo Lorenzetti y Gustavo Schötz (coords.): *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Ábaco.
- MORSE, C. G. J. 1992: «Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention». *International and Comparative Law Quarterly*, January 1992, vol. 41.
- PAIVA, Roberto Martín. 2011: «Jurisdicción internacional en contratos entre consumidores y bancos», Comentario al fallo CNCom, Sala B, 22/06/05, «Volpi, María Celia c/ Unión de Bancos Suizos». En *Libro en homenaje a Enrique Butty*. Buenos Aires: IJ Editores-Universidad Austral.
- PAREDES PÉREZ, José Ignacio. 2006: «La tutela jurisdiccional internacional de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Problemas actuales y propuestas de futuro». *Estudios sobre Consumo*, 2006, vol. 79. Madrid, 75-87.
- PERUGINI ZANETTI, Alicia. 2005: «Derecho Internacional Privado del Consumidor». Relato del XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección Derecho Internacional Privado. Rosario, 2005.

- POCAR, Fausto. 1984: «La protection de la partie faible en droit international privé». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1984, vol. 188. La Haya.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. 1999: *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea.
- RINESSI, Juan Antonio. 2006: *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea.
- SANTOS BELANDRO, Rubén. 2002: «Las nociones de Sociedad Internacional y Estado: dos claves para ingresar al Derecho Internacional Privado uruguayo». En Jan Kleinhersterkamp y Gonzalo Lorenzo Idiarte (coords.): *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideo: Max Planck Institut für ausländisches un Internationales Privatrecht. Fundación de Cultura Universitaria, 207-252.
- SCHÖTZ, Gustavo J. 2003: «El consumidor en Internet». En Ricardo Lorenzetti y Gustavo Schötz (coords.): *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Ábaco.
- SOTO, Alfredo Mario, 2001: *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina.
- 2009: *Temas estructurales del Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Editorial Estudio.
- SPOTA, Alberto Gaspar. 1974: *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*. Buenos Aires: Depalma, vol. II.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. 2007: «Hacia una regulación interamericana sobre jurisdicción en materia de relaciones internacionales de consumo. Esbozo de bases a partir de algunos desarrollos del MERCOSUR». En Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (coords.): *Protección de los Consumidores en América*. Asunción: La Ley.
- TONIOLLO, Javier Alberto. 1998: «La protección internacional del consumidor - Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino». *Revista de Derecho del MERCOSUR*, 1998, n.º 6. Buenos Aires: Ed. La Ley, 94-117.
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. 1982: *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, tomo 2.
- VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel. 2009: *La protección al consumidor on line en el derecho internacional privado interamericano. Análisis sistemático de la propuestas presentadas para CIDIP VII*. Asunción: CEDEP.
- VIGO, Rodolfo. 2000: *Los principios jurídicos, perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia. 2001: *El Derecho de Autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley.
- VISCHER, Frank. 1992: «General Course on Private International Law». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1992, vol. 232. La Haya, 9-256.
- VON MEHREN, Arthur Taylor. 1980: «La Conferencia de La Haya, Ventas a los Consumidores y el Reporte Von Mehren». Traducción de Adriana Sánchez Mussi del original en inglés en *The Hague Conference in International Private Law. Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980): Miscellaneous matters/Consumer sales, Report*, vol. II, 179. En Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez: *Protección de los Consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*. Asunción: CEDEP-LA LEY, 2007.
- WILHELMSSON, Thomas. 2002: «International Lex mercatoria and Local Consumer Law: an Impossible Combination?». Paper delivered at the 75<sup>th</sup> Anniversary Congress of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT): «Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration», held at Pontificia Università Urbaniana, Rome (Italy), 27-28 September 2002.

# **CRÓNICA DE LEGISLACIÓN**

(ENERO-JUNIO 2013)

**COORDINADORA:**

Antonia DURÁN AYAGO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Salamanca*

**COLABORAN en la coordinación:**

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS

*PROFESORA Titular de Derecho Administrativo. USAL*

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario. USAL*

Mario HERNÁNDEZ RAMOS

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional. USAL*

Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Penal. USAL*

Cristina POLO SÁNCHEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL*

Lourdes RUANO ESPINA

*Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado*

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS

*Profesor Titular de E. U. de Derecho Mercantil. USAL*

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS

*Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL*

Juan SANTOS VARA

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público. USAL*

Estrella TORAL LARA

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil. USAL*

María del Mar VELÁZQUEZ SÁNCHEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado. USAL*

## ADMINISTRATIVO

---

1. [Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016](#) [BOE n.º 86, de 10-IV-2013], por Marcos M. FERNANDO PABLO.
2. [Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios](#) [BOE n.º 89, de 13-IV-2013], por Daniel TERRÓN SANTOS.
3. [Real Decreto 234/2013, de 5 de abril, por el que se establecen normas para la aplicación del Reglamento \(CE\) n.º 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la Unión Europea](#) [BOE n.º 97, de 23-IV-2013], por M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS.
4. [Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas](#) [BOE n.º 129, de 30-V-2013], por Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS.
5. [Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados](#) [BOE n.º 140, de 12-VI-2013], por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA.
6. [Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva](#) [BOE n.º 148, de 21-VI-2013], por Santiago PRADOS PRADOS.
7. [Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas](#) [BOE n.º 153, de 27-VI-2013], por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA.

## CIVIL

---

8. [Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social](#) [BOE n.º 116, de 15-V-2013], por José Antonio MARTÍN PÉREZ.
9. [Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas](#) [BOE n.º 134, de 5-VI-2013], por M.ª José VAQUERO PINTO.
10. [Reglamento \(UE\) n.º 611/2013 de la Comisión, de 24 de junio de 2013, relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas](#) [DOUE L 173, de 26-VI-2013], por M.ª Teresa HEREDERO CAMPO.

## EXTRANJERÍA

---

11. [Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho «ad referendum» en Rabat el 6 de marzo de 2007](#) [BOE n.º 70, de 22-III-2013], por Antonia DURÁN AYAGO.
12. [Reglamento \(UE\) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida](#) [DOUE L 180, de 29-VI-2013], por Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ.

13. [Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional](#) [DOUE L 180, de 29-VI-2013], por Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ.
14. [Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional](#) [DOUE L 180, de 29-VI-2013], por Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ.

## FINANCIERO Y TRIBUTARIO

---

15. [Reglamento \(UE\) n.º 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades](#) [DOUE L 140, de 27-V-2013], por Marcos IGLESIAS CARIDAD.
16. [Reglamento \(UE\) n.º 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro](#) [DOUE L 140, de 27-V-2013], por Marcos IGLESIAS CARIDAD.

## MERCANTIL

---

17. [Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia](#) [BOE n.º 134, de 5-VI-2013], por Pilar MARTÍN ARESTI.
18. [Crónica normativa de banca y del mercado de valores](#), por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS.

## PROCESAL

---

19. [Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita](#) [BOE n.º 47, de 23-II-2013], por Juan José GONZÁLEZ LÓPEZ.
20. [Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial](#) [BOE n.º 155, de 29-VI-2013], por Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS.

## TRABAJO

---

21. [Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo](#) [BOE n.º 179, de 27-VII-2013], por Eduardo MARTÍN PUEBLA.
22. [Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo](#) [BOE n.º 65, de 16-III-2013], por Purificación MORGADO PANADERO.

### Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016 [BOE n.º 86, de 10-IV-2013]

#### **Reorientación de la política de vivienda**

La «política de vivienda» en España, que hunde sus raíces en la Real Orden de 9 de septiembre de 1853 ordenando la construcción en Barcelona y Madrid de casas para pobres y en la Ley de Casas Baratas de 1911, no ha terminado por generar un verdadero derecho justiciable, exigible ante los tribunales, tal como sucedió notablemente en Francia con la llamada Ley DALO. La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas, antes y después del movimiento social (de amplia repercusión mediática) contra los desahucios, se ha activado (en Cataluña, en Andalucía, en Castilla y León...) tratando de dar nuevos perfiles a tal derecho social. Pero la competencia estatal, por el momento, permanece anclada en el campo jurídico del puro «derecho» social no exigible ante los tribunales. Y en esta línea, aunque con notable cambio de perspectiva, se activa ahora por el RD 233/2013 un conjunto de medidas que tienen un punto de cambio respecto de la tradicional política dirigida a la construcción y adquisición de vivienda en propiedad (la política de vivienda de protección oficial).

Frente a los anteriores planes (que fomentaban la producción de un volumen creciente de viviendas, basándose en la ocupación de nuevos suelos, en el crecimiento de las ciudades, y apostando por la propiedad como forma de acceso a la vivienda), ahora se trata, ante la situación de crisis perentoria y el altísimo volumen de vivienda construida y desocupada (en torno a 680.000 viviendas), de acentuar la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas, y contribuir a la creación de un mercado del alquiler más amplio que el actual.

Se articulan así diferentes Programas que, actuados a través de Convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas (a quienes corresponde la competencias de derecho común en el campo de «vivienda» y desarrollaran su gestión, cofinanciando las ayudas) se pondrán en marcha mediante Orden Ministerial. De entre tales Programas (subsidiación de préstamos convenidos –que pretende afrontar el cumplimiento de las obligaciones de los préstamos hipotecarios que suscribieron para la adquisición de una vivienda protegida–, ayuda al alquiler de vivienda, fomento de ciudades sostenibles y otros hasta un total de ocho) destacan ahora tres, dirigidos, el primero al fomento del parque público de vivienda en alquiler, a fomentar la rehabilitación edificatoria, y el Programa de apoyo a la implantación del Informe de evaluación de edificios.

El primero de ellos pretende implantar un parque público de viviendas en alquiler, acción que representa una notable reorientación de la política tradicional de vivienda,

(el alquiler significa en España el 17%, frente al 83% del mercado de la vivienda principal en propiedad, mientras en Europa, la vivienda principal en alquiler representa el 38%, frente al 62% de vivienda en propiedad) en tanto los otros dos tienen que ver con otro cambio de tendencia de la totalidad del urbanismo español, a la luz de cambios legislativos recientes, de los que es muestra la Ley 8/2013 de rehabilitación, regeneración y renovación urbana, y la Ley 4/2013 de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas.

Las ayudas previstas en el Plan Estatal se calculan en función de la renta de la unidad de convivencia, no de los individuos, se limita la cuantía de los alquileres que se financian, evitando la subvención de alquileres elevados, que no está justificado que financie el Estado y se financia solo una proporción del alquiler, sin asignar una cuantía fija, para evitar situaciones de generación de rentas adicionales superiores a las del propio alquiler.

MARCOS M. FERNANDO PABLO  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[macfer@usal.es](mailto:macfer@usal.es)

**Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios [BOE n.º 89, de 13-IV-2013]**

**Certificado de eficiencia energética**

La [Directiva 2010/31/UE, de 19 de mayo](#), relativa a la eficiencia energética de los edificios (DOUE L 153/13, de 18/06/2010), que deroga la [Directiva 2002/91/CE](#), obliga a expedir un certificado de eficiencia energética [para](#) los edificios o unidades de estos, que se construyan, vendan o alquilen.

El pasado 1 de junio entraba en vigor el [Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios](#), con un claro objetivo, contribuir a la mejora de la eficiencia energética tanto activa como pasiva de nuestros edificios, ya sean edificios nuevos como los existentes, mediante la información objetiva que obligatoriamente se habrá de proporcionar a los compradores y usuarios en relación con las características energéticas de los edificios, materializada en forma de un certificado de eficiencia energética que permita valorar y comparar sus prestaciones.

Se entiende por eficiencia activa como la mejora de las instalaciones del edificio con el uso de las diferentes energías alternativas o combinadas con las energías tradicionales y también con sistemas de nueva generación que mejoran el rendimiento y minimizan el consumo. Por su parte, la eficiencia pasiva es la que se refiere a las [condiciones](#) y características arquitectónicas del edificio en el cual se introducen las energías para obtener el grado de confort.

La eficiencia pasiva está garantizada con el uso del CTE (Código Técnico de la Edificación, [Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación](#), en las viviendas de nueva construcción, mientras que en las existentes resulta necesario encontrar el equilibrio entre la eficiencia activa y la pasiva, aspecto fundamental para llegar a consumos energéticos razonables. En cuanto a la eficiencia requerirá de la realización de reformas, actuaciones sobre las instalaciones, algunas de ellas incluso promocionadas con anterioridad por las Administraciones (sustitución de ventanas tradicionales por ventanas con rotura de puente térmico...).

Consecuencia directa de este Real Decreto, más allá de las cuestiones suscitadas en torno al coste de obtención del certificado, es el ahorro energético. Obviamente se promueve la venta y alquiler de aquellos edificios cuyo certificado acredite una mayor eficiencia energética en detrimento del resto, por lo que edificios que requieran un alto gasto energético se quedarán deshabitados o requerirían una inversión en su adecuación a la nueva realidad.

Si hacemos caso a las cifras que señalan que las viviendas en España consumen aproximadamente el 17% de toda la energía del país y las emisiones de gases de efecto invernadero causadas por los edificios han crecido más de un 20% desde 1990,

España debería rehabilitar una media de 400.000 viviendas al año hasta cumplir con los objetivos marcados por la Unión Europea en cuanto a reducciones de emisiones y ahorro de energía. Siendo así, este Real Decreto se convertiría en el motor de lo que se puede definir como la Rehabilitación Energética de Edificios permitiendo [bajar](#) el elevado índice de intensidad energética de nuestro país.

DANIEL TERRÓN SANTOS  
*Profesor Asociado de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[datersa@usal.es](mailto:datersa@usal.es)

**Real Decreto 234/2013, de 5 de abril, por el que se establecen normas para la aplicación del Reglamento (CE) n.º 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la Unión Europea [BOE n.º 97, de 23-IV-2013]**

**Etiqueta ecológica de la Unión Europea**

El etiquetado de los productos es fundamental para que el consumidor tenga información sobre los productos que consume. El artículo 13.2 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y usuarios señala el derecho a la información que tienen los consumidores y usuarios respecto a las características de los productos, lo cual ha de ser desarrollado reglamentariamente y sectorialmente a través de las normas de etiquetado. En este sentido, se contempla expresamente en el Reglamento que analizamos.

La etiqueta ecológica se configura como un instrumento que permite informar a los consumidores y usuarios sobre las calidades ambientales de los productos. Considerándose que los productos que llevan dicho etiquetado producen un menor impacto sobre el medio ambiente. La importancia de la misma en la protección del medio ambiente evidencia la necesidad de una regulación conjunta para toda la Unión Europea siendo la finalidad principal del Reglamento que se desarrolla.

El Reglamento sobre etiquetado ecológico supone la aplicación del Reglamento Europeo sobre la unificación de la etiqueta ecológica en toda la Unión Europea, y responde a la necesidad de adaptar el mercado europeo al nuevo marco jurídico derivado del denominado Mercado Interior para garantizar que ningún operador se vea privado de la posibilidad de obtener la etiqueta ecológica para sus productos o servicios. Para lo cual se designan organismos competentes para la concesión de la etiqueta ecológica correspondiendo a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla designar tales organismos que deberán ser comunicados a la Comisión Europea a través del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (los requisitos que deben cumplir los organismos competentes se establecen en el anexo V del Reglamento de la Unión Europea).

La promoción del uso de la etiqueta ecológica en todas las políticas sectoriales aprobadas por las Administraciones Públicas se enmarca dentro del Plan de Acción acordado por los Estados y la Comisión Europea incidiendo fundamentalmente en dos ámbitos: el medio ambiente y en el procedimiento de contratación pública.

Esta disposición tiene como finalidad fomentar la utilización de la etiqueta ecológica e incentivar aquellos productos que cumplen los criterios necesarios para la obtención de la etiqueta ecológica (artículo 6 del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo), estableciendo un procedimiento para la tramitación de la concesión así como el carácter potestativo del canon que se exigía en la regulación anterior como pago del otorgamiento de la concesión de la etiqueta ecológica.

Para que la utilización de la etiqueta ecológica cumpla con la legalidad se establece un mecanismo de vigilancia y control respecto a la utilización de la misma, dando lugar su incumplimiento a la correspondiente potestad sancionadora de conformidad con la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

M.<sup>a</sup> ÁNGELES GONZÁLEZ BUSTOS  
*Profesora Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[mgbustos@usal.es](mailto:mgbustos@usal.es)

Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas [BOE n.º 129, de 30-V-2013]

**Costas**

Como señala la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral, en su Exposición de Motivos, su objetivo no es otro que aportar «seguridad jurídica estableciendo un marco en el que las relaciones jurídicas en el litoral puedan tener continuidad a largo plazo». Ello se debe, sin duda, a que en el año 2018 empezarán a extinguirse las concesiones otorgadas a los antiguos propietarios que asistieron a la transformación de sus derechos de propiedad en una concesión administrativa por aplicación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (BOE n.º 181, de 29-VI-1988). Para dar solución a dichos supuestos se ha optado por la concesión de una prórroga otorgándoles, ahora, un plazo de setenta y cinco (75) años (artículo 66.2).

Por otra parte, la Ley también prevé la posible transmisión de dichas concesiones, así como el que se lleven a cabo obras de consolidación, reparación, modernización y mejora en todas las edificaciones situadas en terrenos de dominio público y sus servidumbres, siempre «que no impliquen aumento de volumen, altura ni superficie de las construcciones existentes» (Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup>, modificada por la Ley 2/2013).

Ahora bien, además de esta revalorización de títulos concesionales, debe destacarse que la Ley 2/2013 altera otros muchos aspectos de la protección jurídica del litoral, tales como su delimitación, los usos de las playas –diferenciando entre las urbanas y las no urbanas–, la implantación de las denominadas urbanizaciones marítimo-terrestres, e introduce, también, la exclusión, por Ley, del dominio público marítimo terrestre de determinados núcleos de población.

No obstante, la modificación de la Ley 22/1988 de Costas que efectúa la Ley 2/2013 no deja de ser incompleta, dadas las continuas remisiones que se realizan a posteriores desarrollos vía reglamentos. Y lo que es peor aún, la Ley 2/2013 deja, desde el punto de vista de la técnica legislativa empleada, bastante que desear ya que, tal y como expone su Exposición de Motivos, la modificación de la Ley de Costas se lleva a cabo a través de un «conjunto heterogéneo de disposiciones» que provocan un problema importante a la hora de la utilización conjunta de los dos textos normativos. Por ello, sería deseable, a pesar de que la Ley 2/2013 no contenga la preceptiva habilitación al Gobierno, el que más pronto que tarde se proceda a la oportuna elaboración del pertinente Texto Refundido.

Pues bien, aun reconociendo la variedad y trascendencia de las modificaciones efectuadas por la norma referenciada, por evidentes razones de espacio, nos referiremos exclusivamente a las modificaciones introducidas por la Ley 2/2013 que afectan a la delimitación del dominio público marítimo-terrestre.

En este sentido, y en primer término, la zona marítimo-terrestre será «el espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos», añadiéndose ahora que dicho límite interior deberá fijarse, para el caso de los terrenos alcanzado por el oleaje en los temporales, «de acuerdo con los criterios técnicos establecidos reglamentariamente». Hay que tener en cuenta que el Reglamento de Costas señalaba que dicha delimitación se haría «de acuerdo con las referencias comprobadas que se dispongan». Por lo tanto, los criterios técnicos que se establezcan reglamentariamente posibilitarán que se unifique la actuación de los responsables de los deslindes, pero también pudiera ser que introdujeran alguna modificación a la hora de realizarlos. En dicho supuesto, bien la administración o bien los interesados podrán solicitar una revisión de los deslindes ya ejecutados que pudieran resultar afectados con los nuevos criterios.

En segundo término, se excluyen del dominio público todos los terrenos inundados de forma artificial debido a la ejecución de «obras o instalaciones realizadas al efecto», si se demuestra que «antes de la inundación no fueran de dominio público». En este caso, si bien el Reglamento de Costas ya excluía del dominio público los terrenos inundados a través de técnicas artificiales «cuya cota sea superior a la de la mayor pleamar», ahora se amplía dicha previsión a todos los terrenos inundados artificialmente, incluyendo pues los de cota baja que hasta ahora sí estaban expresamente excluidos. Con esta modificación, por lo tanto, quedan fuera del dominio público marítimo-terrestre las marismas, salinas marítimas o zonas de acuicultura inundadas artificialmente y que antes de la inundación fueran de propiedad privada. En dichos supuestos, en caso de que existiera deslinde, la Administración procederá a su revisión.

En tercer término, y para adecuarse a la modificación anterior, la Ley 2/2013 cambia, también, el carácter demanial de los terrenos invadidos por el mar que contempla la Ley de Costas. Así es, ya no son los invadidos por «cualquier causa», ya que se excluyen los inundados de forma artificial antes referenciados, con la salvedad de que serán siempre de dominio público «los terrenos inundados que sean navegables». Además, se incorpora ahora a la Ley de Costas la previsión contenida en su Reglamento que reconocía el derecho de los propietarios de los terrenos amenazados por la invasión del mar o de las arenas de las playas, por causas naturales o artificiales, a la construcción de obras de defensa, eso sí, previa autorización o concesión.

En cuarto término, como nueva excepción al carácter demanial de los terrenos inundados de forma artificial que sean navegables, la Ley 2/2013 introduce como novedad las denominadas «urbanizaciones marítimo-terrestres», reguladas en la nueva disposición adicional décima de la Ley de Costas y las normas de desarrollo que se dicten al efecto. Estamos ante una nueva figura de urbanización que la Ley 2/2013 define como «núcleos residenciales en tierra firme dotados de un sistema viario navegable, construido a partir de la inundación artificial de terrenos privados». Pues bien, en estas urbanizaciones,

que han de contar con un instrumento de ordenación territorial o urbanístico específico, ajustado a las previsiones de la Ley y de sus normas de desarrollo, el terreno inundado se incorporará al dominio público marítimo-terrestre pero «no se incluirán en el dominio público marítimo-terrestre los terrenos de propiedad privada colindantes a la vivienda y retranqueados respecto del canal navegable» que se destinen a estacionamiento náutico, fuera este «individual o privado» (de cada vivienda) o «colectivo y privado» (de la urbanización). Pues bien, este reconocimiento de enclaves privados en el dominio público se refuerza con un derecho de uso de los amarres situados frente a las viviendas vinculado *ob rem* con la propiedad de las mismas. Esta disposición intenta dar solución, por lo tanto, al problema de legalidad que existe en algunas urbanizaciones (como sucede, por ejemplo, en la Costa Brava) en las que las viviendas se sitúan al borde de los canales artificiales con embarcaderos propios. Sin embargo, sucede que los estacionamientos náuticos que la Ley privatiza coinciden, en muchos casos, con los seis metros de la servidumbre de protección que debe estar expedita para el uso público y los vehículos de vigilancia y salvamento. Precisamente por ello, la Ley 2/2013 prevé que el «instrumento de ordenación territorial o urbanística deberá garantizar a través de los viales el tránsito y acceso a los canales, en la forma que se establezca reglamentariamente».

En quinto término, en lo que respecta a las dunas, la Ley 2/2013 especifica que forman parte del dominio público marítimo-terrestre «hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa». Debe decirse que, hasta ahora, el Reglamento recogía esta dicción pero únicamente para las «dunas fijadas por vegetación». Entonces, a partir de este momento, la Ley 2/2013 amplía y recoge este criterio para cualquier clase de dunas, siempre que se trate de «zonas de depósitos materiales sueltos», ya que en este tipo se incluye la referencia que la Ley de Costas hace a las dunas, o, en otras palabras, que por no formar parte de la playa o ribera del mar revistan singularidad propia, conservando, en otro caso, su condición demanial.

Y, por último, la Ley 2/2013 añade un nuevo criterio de delimitación del dominio público marítimo-terrestre en los tramos de costa en que se hayan construido paseos marítimos, ya sea por parte de la Administración del Estado o por el resto de administraciones con su autorización, en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988 y la presente Ley, que es el siguiente: la línea exterior del paseo marítimo –que supondrá una alteración del terreno, excluyéndose de forma expresa las pasarelas o caminos de madera– «se entenderá a todos los efectos como línea interior de la ribera del mar». Por lo tanto, los terrenos que se encuentren situados al interior de dichos paseos podrán ser desafectados, lo que, evidentemente, supone y exige que se realicen con carácter previo los pertinentes deslindes.

MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ IGLESIAS  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
Universidad de Salamanca  
[miguelin@usal.es](mailto:miguelin@usal.es)

Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados  
[BOE n.º 140, de 12-VI-2013]

**Medio ambiente**

Esta Ley (vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2013: «La Legislación de España en materia de control integrado de la contaminación y emisiones industriales». *Fórum de Direito Urbano e Ambiental-FDUA*, Belo Horizonte, 2013, n.º 69: 39-64, y «Nueva normativa sobre emisiones industriales: la modificación de la legislación en materia de prevención y control integrados de la contaminación por Ley 5/2013, de 11 de junio», *Diario La Ley*, 17 de septiembre de 2013, n.º 8150, 10-17) reafirma el principio preventivo en materia ambiental, y señala como principal finalidad el cumplimiento y la incorporación de la Directiva sobre Emisiones Industriales de 2010 al Derecho interno.

En cuanto al ámbito de aplicación del nuevo texto (artículo 2), se aumentan las instalaciones sujetas del Anexo 1 a 14 grupos, se señalan los umbrales de capacidad de muchas de las incluidas y se elimina la previsión que permitía la intervención de las Comunidades Autónomas en relación con otras actividades no previstas en el Anexo. A continuación, se precisan algunos de los conceptos del artículo 3 y se aumenta la lista de las definiciones legales (hasta llegar ahora a 31).

En relación con uno de los ejes esenciales de la legislación en esta materia, como son las mejores tecnologías disponibles a utilizar por las instalaciones sujetas a la Ley, se modifica el artículo 7 en materia de valores límite de emisión y medidas técnicas equivalentes, y se incluyen como Anexo 2 la lista de sustancias contaminantes, a efectos de que el Gobierno de la Nación establezca los valores límite de emisión, y en el Anexo 3 los aspectos que deben tenerse en cuenta cuando se determinen las mejores técnicas disponibles.

En cuanto al régimen jurídico de la autorización ambiental integrada, se modifica la redacción del artículo 9, para precisar que se somete a ésta «la explotación de las instalaciones» en las que se desarrolle alguna de las actividades del Anexo 1, y se enfatiza que la misma precederá, en todo caso, a la construcción, montaje o traslado de las instalaciones, y se adaptará a sus modificaciones.

De acuerdo con el nuevo sistema de intervención administrativa en materia de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en relación con la modificación de las instalaciones industriales (nuevo artículo 10), es ahora el titular de la instalación que pretenda llevar a cabo una modificación no sustancial de la misma quien deberá comunicarlo al órgano competente para otorgar la autorización, indicando razonadamente por qué considera que se trata de una modificación no sustancial, aportando la documentación pertinente; y la modificación se podrá llevar a cabo si el órgano competente no manifiesta lo contrario en el plazo de un mes. Por el contrario, si el titular proyecta

realizar una modificación sustancial, ésta no podrá llevarse a cabo sin modificar la autorización ambiental integrada, que se tramitará mediante un procedimiento simplificado que se establecerá reglamentariamente, y que se justificará debidamente. No obstante, se considerará sustancial toda modificación de la instalación si se alcanzan los umbrales del Anexo 1 o si ha de ser sometida a evaluación de impacto ambiental; pero cuando la modificación de la instalación suponga que la misma quede por debajo de los umbrales previstos, dejará de ser exigible la autorización, causando baja en el inventario de instalaciones.

Seguidamente (artículo 11), se reafirma el carácter preventivo de la autorización ambiental integrada, por lo que se precisa que su otorgamiento, o su modificación y revisión, deberá preceder a los demás medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos, y se modifica la redacción del apartado que prescribe que las Comunidades Autónomas integren en el procedimiento de otorgamiento y modificación de la autorización otras actuaciones de protección ambiental. No obstante, si corresponde a la Administración General del Estado la formulación de la declaración de impacto ambiental, conforme a la normativa aplicable, no podrá otorgarse la autorización ambiental ni otras autorizaciones sustantivas sin que previamente se haya dictado dicha declaración.

En relación con la solicitud de la autorización, se modifica el apartado 1 del artículo 12, para precisar algunos de los documentos exigidos, y, cuando la actividad implique el uso, producción o emisión de sustancias peligrosas relevantes, exigir la necesidad de aportar un informe base sobre la incidencia de la actividad de la instalación en el suelo y en el agua. Asimismo, se enfatiza la promoción de la participación real y efectiva de las personas interesadas en el procedimiento de concesión.

Una parte importante de la nueva Ley tiene por finalidad conseguir una simplificación normativa y administrativa en la materia, así como garantizar una mayor celeridad en la tramitación de los procedimientos de autorización. Así, se reduce el plazo para otorgar la autorización ambiental integrada de 10 a 9 meses (artículo 21) y se suprime el requerimiento adicional con un mes de plazo al Organismo de Cuenca, en el caso de que no hubiere emitido el informe de admisibilidad del vertido en seis meses (artículo 19). Por otra parte, se suprime el deber de renovación de la autorización ambiental (artículo 25 de la Ley original, eliminado ahora), siendo ahora el órgano competente el que garantizará la adecuación de la autorización al paso del tiempo, mediante un procedimiento simplificado, al transcurrir cuatro años desde la publicación de las conclusiones relativas a las mejores tecnologías disponibles aplicables a la instalación, y se suprime la necesidad de aportar documentos en los procedimientos de revisión y actualización de la autorización cuando ya hubieren sido aportados con su solicitud (nuevo artículo 25, sobre revisión de la autorización).

Por otra parte, se modifica el artículo 22, relativo al contenido de la autorización ambiental integrada, para precisar mejor el mismo, en concreto en relación con las mejores tecnologías disponibles y otras cuestiones.

Más destacable es la regulación del régimen del cierre de la instalación (artículo 22 bis), que prevé la obligación del órgano competente de establecer las condiciones de la autorización ambiental integrada para cumplir lo prescrito en el precepto, sin perjuicio de la aplicación de otras normas.

También se modifica la redacción del artículo 23, relativo a la notificación y publicación de las resoluciones de otorgamiento, modificación o revisión de las autorizaciones ambientales, para adaptarlo a la legislación en materia de acceso a la información ambiental, participación y acceso a la justicia de 2006.

El régimen de las actividades con efectos intercomunitarios o transfronterizos se incluye ahora en el artículo 26, regulándolo de manera más detallada.

Igualmente, se modifican algunos apartados y párrafos, o se cambia la numeración, de los ahora artículos 29 a 35, en materia de disciplina ambiental, permitiendo que las actividades de inspección, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y en su caso de la Administración General del Estado, puedan realizarse por entidades, designadas por el órgano competente en materia de inspección mediante el procedimiento apropiado, que demuestren la capacidad técnica adecuada para realizar en su nombre actuaciones materiales de inspección que no deban ser desempeñadas por funcionarios públicos; las cuales en ningún caso podrán versar sobre el diseño de sistemas, planes o programas de inspección. Además, en materia sancionadora, se precisan algunas infracciones y sanciones.

Naturalmente, el nuevo texto procede a adaptar al mismo las disposiciones transitorias, adecuando las mismas y sus fechas a la nueva norma (en concreto, la DT-1.<sup>a</sup> establece que la adecuación de las autorizaciones a la nueva Directiva de Emisiones Industriales debe producirse antes del 7 de enero de 2014), se prevé su desarrollo reglamentario (con la posibilidad de incluir prescripciones técnicas de adaptación a la Directiva mencionada), se adaptan los Anexos y se prevé la autorización al Gobierno de la Nación para, en el plazo de un año, elaborar un Texto Refundido de la Ley de Control Integrado de la Contaminación de 2002 y las normas con rango de ley en materia de emisiones industriales.

DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[dgatta@usal.es](mailto:dgatta@usal.es)

Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud  
del deportista y lucha contra el dopaje  
en la actividad deportiva [BOE n.º 148, de 21-VI-2013]

**Dopaje**

La reciente aprobación de la Ley de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva ha supuesto en nuestro ordenamiento jurídico deportivo una inusual y reiterada iniciativa legislativa a la vez que incorpora un régimen verdaderamente excepcional y novedoso con respecto a la hasta entonces vigente en la materia. En efecto, en el Estado, la tradicional monolítica regulación del deporte en una ley *ad hoc*, como la vigente Ley 10/1990, de 10 de octubre, se vio desbordada por la imperativa necesidad de un tratamiento diferenciado y específico en dos ámbitos que constituyen las dos lacras más destructivas del deporte en nuestra sociedad globalmente considerada, como son la violencia y el dopaje. En el primer caso se aprobó la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, derogando el título IX y parcialmente algunos otros preceptos de la Ley 10/1990, y, en el segundo supuesto, la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, ahora precisamente derogada por la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio. Ambas materias comparten un denominador común que, de algún modo, justifica este tratamiento diferenciado y propio respecto a la legislación general deportiva, además de constituir, como se ha dicho, la principal amenaza para nuestro deporte, en especial el competitivo de alto nivel y profesional, dadas su lógicas repercusiones mediáticas y sociales, cual es que en las mismas, como es por lo demás consustancial al complejo ordenamiento jurídico transversal del deporte, concurren otros títulos competenciales no menos trascendentes que el fomento del deporte como son el orden público en caso de la violencia y la salud pública en el dopaje.

Si la aprobación de la Ley Orgánica 7/2006 supuso una definitiva y decidida intervención del Estado contra el dopaje en el deporte, con sustantivas y novedosas previsiones, superando con ello la previa y escasísima regulación limitada, en lo que a la disciplina deportiva se refiere, a sólo algunos tipos infractores que, miméticamente, contemplaban también las Comunidades Autónomas en sus respectivas leyes del deporte y normativa de desarrollo cuando no a una mera remisión de la previsión estatal, pronto la promulgación legal quedó condicionada por su criticada falta de adecuación al Código Mundial Antidopaje (CMA), su cuestionada eficacia a la vista de los conocidos escándalos de casos de dopaje en el deporte español y su impacto en el ámbito internacional; la supeditación de su requerida reforma en orden a la presentación de las candidaturas de Madrid a organizar los Juegos Olímpicos y Paralímpicos o algunas sonadas deficiencias y sus consecuencias en el funcionamiento de órganos dependientes del Consejo Superior de Deportes, entre otras causas, determinaron

el acometimiento de un nuevo texto legal cuyo rasgo más destacable, al margen de las novedades organizativas y sustantivas del régimen jurídico que contempla como seguidamente se mencionarán, es el de constituir una transposición del referido CMA, lo que ha llevado ya a no pocos e insignes autores a una crítica de esta «huida hacia adelante» que ha provocado, en algunos aspectos destacados, una ruptura con determinadas garantías y principios tradicionales y fundamentales del Derecho español en general y sancionador en particular.

Con una extensión en su articulado sensiblemente superior a la precedente (63 preceptos frente a 49), la nueva Ley Orgánica pretende abarcar en su ámbito de aplicación a la práctica deportiva general y no sólo a la competitiva u organizada de alto nivel y profesional, quedando esta última aquietada principalmente por la licencia deportiva.

Así, en el ámbito subjetivo, la Ley se extiende a los deportistas con licencia estatal o autonómica homologada, como también los que lo hubieran estado con carácter previo, dejando al margen por tanto a aquellos deportistas con licencia exclusivamente autonómica cuyo ámbito competencial en materia de dopaje sigue residenciado en la respectiva Comunidad Autónoma, en concordancia con el ámbito objetivo de aplicación que se limita a las competiciones deportivas oficiales, de ámbito estatal. Destaca también en el ámbito subjetivo comentado que estarán sometidos los deportistas calificados como de nivel internacional o que participen en competiciones de ámbito internacional que alcanzaría a realizarles controles por parte de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSD) cuando se encuentren en España, si bien, a modo de competencia concurrente, sólo se encuentran sujetos a las normas y procedimientos de la Federación internacional correspondiente y de la Agencia Mundial Antidopaje (AMA), incluyendo los referentes al pasaporte biológico, lo que implica que tampoco podrán ser sancionados por la AEPSD. Junto al fuero personal de los deportistas se somete también lo que la Ley denomina «su entorno», es decir, a los técnicos, jueces, árbitros, demás personas con licencia deportiva, médicos y demás personal sanitario, directivos, dirigentes o personal de Federaciones deportivas españolas, de Ligas profesionales, de entidades organizadoras de competiciones deportivas de carácter oficial, clubes o equipos deportivos.

Es en la organización administrativa donde se ha producido un destacado cambio con la creación, por una parte, de la AEPSD (antigua Agencia Estatal Antidopaje) que se erige ahora en el único órgano público con competencias en la materia, centralizando las políticas estatales de protección de la salud en el deporte y de lucha contra el dopaje y de investigación en ciencias del deporte, y, por otra, del Tribunal Administrativo del Deporte, asumiendo conjuntamente las competencias que hasta ahora ostentaban el Comité Español de Disciplina Deportiva y la Junta de Garantías Electorales, conociendo a través del recurso administrativo especial de la revisión de las sanciones en materia de dopaje impuestas por la AEPSD, concediéndose un amplia legitimación activa que incluye a la AMA y al COI.

Otra de las cuestiones novedosas y no menos controvertidas es el régimen de la programación y realización de los controles de dopaje que determina exclusivamente la AEPSD aunque, también, las Federaciones deportivas españolas en determinados casos, que podrán ser por sorpresa o previa citación, exigiéndose a deportistas, entrenadores, equipos, clubes y directivos suministrar los datos de localización habitual de los deportistas que se custodiarán en un fichero de la AEPSD que podrá ceder los datos a la AMA, así como la obligación de éstos, médicos y demás personal sanitario incluido el entorno del deportista de indicar los tratamientos médicos a que estén sometidos los deportistas, sus responsables y alcance. Pero tales controles también pueden ser llevados a efecto, incluidos a deportistas españoles, por parte del COI y las Federaciones deportivas internacionales (o españolas si delegan en éstas) en los casos de competiciones internacionales celebradas en España, lo que implica también que el ejercicio de la potestad disciplinaria sea conforme a su propia normativa. Por su parte, se prevé que la AEPSD pueda realizar controles de dopaje en competiciones internacionales celebradas en España si la federación internacional no ordena la realización de controles, e, incluso, a deportistas sujetos a la Ley que se encuentren en el extranjero a través de agentes habilitados por la AEPSD previa autorización de las autoridades nacionales antidopaje. Respecto a las garantías en la realización de estos controles, en los supuestos de extracción de sangre, se habilita además del médico a un facultativo especialista en análisis clínicos u otro tipo de personal sanitario cuyo título otorgue dicha competencia, bastando para el resto de los controles referidos a otros parámetros biológicos que se haga cargo cualquier personal debidamente autorizado por la AEPSD. Como principal obligación accesoria por parte de clubes, organizaciones, grupos y entidades deportivas (también las Federaciones españolas cuando los deportistas forman parte de las selecciones deportivas o en deportes individuales) es la de llevar un libro, registrado por la AEPSD, en el que consten todos los tratamientos médicos y sanitarios que hayan prescrito sus facultativos a los deportistas bajo su dirección, siempre que éstos lo autoricen. En este orden, los deportistas con licencia para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal pueden solicitar una autorización de uso terapéutico al Comité de Autorizaciones de Uso Terapéutico, dependiente de la AEPSD, debiendo quedar registradas en ésta para su validez. Es de destacar igualmente que los análisis destinados a la detección de sustancias y métodos prohibidos en el deporte deben realizarse en laboratorios con acreditación internacional de la AMA u homologados por el Estado.

El régimen sancionador es la materia más extensa de la Ley, con una inequívoca finalidad de ajuste a lo establecido en el CMA a pesar de las dificultades que tal adaptación conlleva. Son las más relevantes, respecto a la regulación anterior, la clarificación del alcance de la responsabilidad del deportista y su entorno; la compleja y casuística adecuación de las sanciones previstas según las infracciones muy graves (incluye la inhabilitación de por vida para obtener la licencia o multas de hasta 400.000 euros) y

graves cometidas, sus circunstancias y responsables; la introducción de medidas ciertamente discutibles como la suspensión provisional de la licencia por la constatación de un resultado analítico adverso o, también, la posibilidad de anular los resultados de las competiciones incluso en supuestos en que la conducta descrita en el tipo infractor no vaya a llevar aparejada la correspondiente sanción; la mejora en la descripción de las circunstancias atenuantes y agravantes, con especial consideración a la reincidencia de infracciones y su configuración, así como la colaboración en la detección de una infracción de las normas antidopaje a los efectos de reducir el tiempo de la sanción de suspensión de la licencia; la implantación del sistema de reconocimiento mutuo de resoluciones sancionadoras de otros Estados, Federaciones o entidades internacionales; el novedoso sistema de colaboración con las autoridades judiciales, en el que el principio *non bis in idem* y la preferencia de la jurisdicción penal son reconsiderados en los supuestos de identidad de fundamento entre el tipo penal y el sancionador administrativo; la extensa prescripción de las infracciones, sean muy graves o graves, a los 8 años; y la competencia única que se concede a la AEPSD en el ejercicio de la potestad disciplinaria en materia de dopaje, tanto en su incoación, instrucción como resolución, rompiendo con ello la dualidad compartida existente hasta el momento con las Federaciones deportivas españolas.

Constituyendo la Ley, como expresamente se resalta en su preámbulo, un sistema de protección de la salud que configura el dopaje de manera integral, se regulan seguidamente una serie de medidas al respecto, como la implantación de reconocimientos médicos previos a la expedición de la licencia, la creación de la tarjeta de salud de los deportistas de alto nivel o profesionales, el tratamiento de datos relativos al dopaje, así como ya en su título III y último el establecimiento de un control y supervisión de productos, medicamentos y complementos nutricionales, sus condiciones de comercialización y utilización, así como la imposición de sanciones a la participación de profesionales sanitarios y cualesquiera otros profesionales que fabriquen, preparen, faciliten, colaboren, prescriban o dispensen sustancias y productos susceptibles de producir dopaje en la actividad deportiva.

SANTIAGO PRADOS PRADOS  
*Letrado del Cuerpo Jurídico Militar*

## Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas [BOE n.º 153, de 27-VI-2013]

### **Suelo y Edificación**

Siguiendo una tradición legislativa que viene ya de lejos, se acaba de aprobar una nueva normativa nacional en materia de suelo y edificación, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (BOE del 27), aunque actualmente sus objetivos parece que van en la dirección adecuada. En efecto, tal como señala su Exposición de Motivos, los problemas socioeconómicos del mercado de suelo y vivienda en España son de diversa naturaleza, muchos son anteriores a la actual crisis económico-financiera y la mayoría tienen carácter estructural, aunque se han agravado en esta situación. Uno de ellos es sin duda la mayor atención que el legislador histórico en la materia ha dedicado a la expansión de las ciudades, descuidando algo (aunque haya habido actuaciones importantes en el pasado) la debida atención al ámbito urbano existente, tratando de generar bienestar económico y social, y de garantizar la calidad de vida de los habitantes, aunque tales actuaciones son mucho más complejas desde los puntos de vista económico y social, en particular actualmente.

Ante esta situación, la rehabilitación y la regeneración y renovación urbanas tienen un relevante papel en la recuperación económica, coadyuvando a la reconversión de otros sectores (principalmente, el turístico), así como en los avances hacia el desarrollo sostenible.

De acuerdo con lo anterior, los objetivos perseguidos por la Ley son, en primer lugar, potenciar la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, eliminando trabas actualmente existentes y creando mecanismos específicos que la hagan viable y posible; en segundo lugar, ofrecer un marco normativo idóneo para permitir la reconversión y reactivación del sector de la construcción, encontrando nuevos ámbitos de actuación, en concreto, en la rehabilitación edificatoria y en la regeneración y renovación urbanas, y finalmente fomentar la calidad, la sostenibilidad y la competitividad, tanto en la edificación, como en el suelo, acercando nuestro marco normativo al marco europeo, sobre todo en relación con los objetivos de eficiencia, ahorro energético y lucha contra la pobreza energética.

El Título Preliminar (artículos 1 a 3) establece su objeto (regular las condiciones básicas que garanticen un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conduzcan a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada), las definiciones de los conceptos utilizados, y los fines comunes de las políticas públicas para un medio urbano más sostenible, eficiente y competitivo, de acuerdo con los principios

de sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional.

El Título I (artículos 4 a 6) se dedica al novedoso Informe de Evaluación de los Edificios, que han de elaborar, según el calendario previsto, los propietarios de inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva para acreditar la situación en la que se encuentran aquéllos, al menos en relación con el estado de conservación del edificio y con el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal, así como sobre el grado de eficiencia energética de los mismos, con una periodicidad de diez años; constituyendo su no cumplimentación una infracción urbanística.

Seguidamente, el Título II (artículos 7 a 19) se dedica a las actuaciones sobre el medio urbano; sin duda la parte más importante de la nueva Ley, al incidir directamente en un buen número de leyes en materia de urbanismo, suelo y edificación.

Estas actuaciones sobre el medio urbano se definen como aquellas que tienen por objeto realizar tanto obras de rehabilitación edificatoria, cuando existan situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones, y de regeneración y renovación urbanas, cuando afectan, tanto a edificios, como a tejidos urbanos, pudiendo llegar a incluir obras de nueva edificación en sustitución de edificios previamente demolidos, como actuaciones de regeneración y renovación urbanas que tendrán, además, carácter integrado cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia administrativa global y unitaria.

La realización de estas obras corresponde a los propietarios y los titulares de derechos de uso otorgados por ellos, a las comunidades de propietarios y sus agrupaciones, a las cooperativas de viviendas, y a las Administraciones Públicas, aunque la iniciativa de las mismas puede partir, además de los sujetos señalados, de otras Entidades Públicas, propietarios de terrenos y construcciones o empresas y sociedades que intervengan en nombre de los anteriores.

Estas actuaciones sobre medio urbano se pueden llevar a cabo por las Administraciones Públicas, mediante las modalidades de gestión directa e indirecta admitidas en la legislación correspondiente; regulándose la ejecución de las obras por medio de la convocatoria de un concurso público o bien mediante la intervención de un consorcio público o una sociedad de capital mixto, a través de los convenios correspondientes.

A continuación, la nueva Ley señala las facultades de los sujetos que participen en la ejecución de las actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (actuar en el mercado inmobiliario, asumir la gestión de las obras, constituir un fondo de conservación y rehabilitación, ser beneficiarios de las medidas de fomento y de las correspondientes expropiaciones o solicitar créditos para financiar las obras).

Finalmente, como hemos apuntado, la nueva Ley incide, modificando o derogando preceptos, la legislación en materia de propiedad horizontal, ordenación de

la edificación, suelo, economía sostenible, enjuiciamiento civil, patrimonio de las Administraciones y contratos del Sector Público, General Tributaria, haciendas de las Administraciones Locales o protección de los deudores hipotecarios, entre otras normas.

Estrechamente vinculado a la nueva Ley debe tenerse en cuenta el [Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de Fomento del Alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria, y la Regeneración y Renovación Urbanas, 2013-2016](#) [BOE n.º 86, de 10-IV-2013] .

DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[dgatta@usal.es](mailto:dgatta@usal.es)

### Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social [BOE n.º 116, de 15-V-2013]

La denominada popularmente «ley antidesahucios» no es la primera, pero sí la principal respuesta legislativa al drama social de las ejecuciones hipotecarias motivadas por la crisis económica y financiera, si bien resulta tardía y escasamente ambiciosa.

Tiene su origen en el Proyecto de ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios –tramitado tras la convalidación del Real Decreto-Ley 27/2012 de 15 de noviembre del mismo nombre–. Tras la admisión a trámite de la Iniciativa Legislativa Popular con la Proposición de Ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social, se anunció la presentación de un texto refundido que aglutinara a ambos, aunque nunca vio la luz.

La ILP proponía como medidas en caso de impago de un préstamo hipotecario garantizado con la vivienda habitual del deudor de buena fe: la dación en pago total de la deuda (incluidos intereses y costas) previa a la celebración de la subasta, la imposibilidad de acordar el lanzamiento del inmueble y el derecho del ejecutado a residir en la vivienda durante cinco años en concepto de arrendamiento sin que la renta pueda superar el 30% de sus ingresos mensuales. Finalmente, establecía la retroactividad de estas medidas. De todo ello nada quedará en el texto final aprobado.

Otro factor ineludible fue la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, y declara que la normativa española sobre ejecuciones hipotecarias se opone a la Directiva 93/33/CEE por no contener mecanismos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual, en el seno del proceso ejecutivo; y por no permitir al juez del proceso declarativo que adopte medidas cautelares como la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria, ante la apreciación de cláusulas abusivas.

Para dar cumplimiento a la STJUE resultaba obligado reformar la legislación existente en aras de permitir la discusión dentro del procedimiento de ejecución del carácter abusivo de las cláusulas contractuales. El legislador ha previsto tal posibilidad con independencia de la calificación como consumidor del ejecutado, permitiendo tanto su apreciación de oficio como su invocación por el ejecutado como causa de oposición.

Además de estas modificaciones para evitar desahucios, la nueva legislación trae consigo unas nuevas hipotecas con limitación del plazo a 30 años, de un tope del 80% del valor de tasación.

La Ley se estructura en cuatro capítulos, de los cuales resaltaremos brevemente las principales medidas, pues ha de admitirse que son muchas, si bien no todas son

de calado. Ha de advertirse que esta Ley ya ha sufrido alguna modificación puntual por la Ley 8/2013 de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

## **1. Capítulo I. Suspensión de los lanzamientos**

Se mantiene la previsión del RDL 27/2012 respecto a la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Como señala el Preámbulo, esta medida de carácter excepcional y temporal afectará a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En tales casos, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, se impide que se proceda al lanzamiento.

La suspensión sólo favorecerá a las personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, perfilando para ello unos requisitos que determinan un ámbito de aplicación demasiado restringido. Los requisitos son de dos tipos: pertenecer a un colectivo de especial vulnerabilidad; los ingresos no podrán superar el límite de 3 veces el IPREM; y que la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, en los cuatro años anteriores a la solicitud. La Ley 1/2013 tan sólo introduce una novedad en cuanto al requisito relativo al límite de ingresos que ha de percibir la unidad familiar, haciéndolo más flexible en dos situaciones.

Una medida adicional importante es que se prevé para estos deudores que la deuda que no haya podido ser cubierta con la vivienda habitual no devengue más interés de demora que el resultante de sumar a los intereses remuneratorios el dos por cien sobre la deuda pendiente.

## **2. Capítulo II. Medidas de mejora del mercado hipotecario**

Se introducen importantes reformas en la Ley Hipotecaria, como la que establece una limitación de los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de la vivienda habitual, y garantizados con la misma, a tres veces el interés legal del dinero (artículo 114). Se introduce con ello una excepción a la regla derivada del criterio jurisprudencial conforme al cual los intereses de demora no pueden ser considerados abusivos ni usurarios por elevados que resulten dado su carácter sancionatorio e indemnizatorio ante el incumplimiento del deudor. Pero la limitación resulta demasiado tímida, pues ya existe otra limitación en la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, que para los créditos tácitos que se concedan en forma de descubierto dispone que no puede aplicarse una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

Esta limitación de los intereses de demora será solo de aplicación a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la Ley y a los intereses devengados con posterioridad a la misma en hipotecas ya constituidas (Disp. Transitoria 2.ª).

Por otro lado, prohíbe la capitalización de los intereses de demora, que solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Además, en caso de que el resultado de la ejecución fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará en último lugar a los intereses de demora, de forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar interés.

Se contempla la posibilidad de que la acción hipotecaria se ejercite también mediante la venta extrajudicial de los bienes hipotecados, la cual se efectuará ante notario, sin que el tipo que sirva para la subasta pueda ser, en ningún caso, inferior al 75% del valor de tasación. También se introducen las cautelas necesarias para el caso en que alguna de las cláusulas del préstamo que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible tenga carácter abusivo.

Por otro lado, se refuerza la independencia de las sociedades de tasación respecto de las entidades de crédito, admitiendo con ello que la connivencia entre ambas y la laxitud de las tasaciones fueron otro de los causantes de la burbuja.

Una medida que sin duda pretende corregir los excesos y prevenir futuras burbujas hipotecarias es la modificación de la Ley Reguladora del Mercado Hipotecario, para introducir limitaciones en la concesión de préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual, que no podrán ser superiores al 80% del valor de tasación, ni prever un plazo de amortización superior a 30 años (artículo 5). A su vez, se elimina la autorización a la institución financiera a exigir la ampliación de la hipoteca a otros bienes, en caso de que el bien hipotecado se devaluara en, al menos, un 20% –situación que actualmente afecta de forma generalizada al sector inmobiliario-.

Por último, en la contratación de préstamos hipotecarios que incluyan ciertas cláusulas (algunas cláusulas suelo y techo, contratación de instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés), en la escritura pública, junto a la firma del cliente se exigirá una expresión manuscrita por la que manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

### **3. Capítulo III. Mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria**

Las reformas más importantes son:

- a) Se concede un plazo de 15 días de audiencia a las partes para efectuar alegaciones respecto a la eventual apreciación de oficio de la abusividad de cláusulas del contrato (artículos 552 y 561.1 LEC).
- b) Se añade como causa de oposición a la ejecución el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

Asimismo, se insertan una serie de medidas que pretenden reforzar la protección del deudor hipotecario en los estadios previos y posteriores a la ejecución hipotecaria:

- a) Si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual aún quedara deuda por pagar, se aplicará una condonación o quita sobre la deuda restante si el deudor paga el 65% de la deuda pendiente en el quinto año desde la adjudicación del bien, o si paga el 80% en el décimo año;
- b) La participación del deudor en la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada. Si el ejecutante fuera el adjudicatario y éste cediera su derecho en los diez años siguientes, el 50% de la plusvalía obtenida reducirá la deuda remanente;
- c) Se introducen mejoras en el procedimiento de subasta: establecimiento de un mínimo en el valor de tasación que sirva de tipo para la subasta, que no podrá ser inferior al 75% del valor de la tasación que sirvió para conceder el préstamo, cuando antes no existía límite; la elevación del 60% al 70% del valor de tasación por el que el banco puede adjudicarse la vivienda habitual del deudor en caso de que la subasta quede desierta; la reducción de la deuda hasta en un 2% del valor del bien, si el ejecutado colaboradora con los requerimientos del tribunal para facilitar la subasta y consiente la inspección del inmueble; la prohibición de vencimiento anticipado de la deuda a plazos hasta que no se hubieren producido tres impagos; la limitación de las costas del proceso, que no podrán superar el 5% del importe de la deuda; la fijación de un orden de imputación de la cantidad obtenida por la ejecución, si fuera insuficiente para satisfacer la totalidad de la deuda: intereses remuneratorios, principal (limitando así la generación de intereses), intereses moratorios y costas; por último, se facilita el acceso de los postores a las subastas.

Por último, se encomienda al Gobierno la constitución de un fondo social de viviendas de propiedad de las entidades de crédito destinadas a ofrecer cobertura a quienes hayan sido desalojados de su vivienda habitual por el impago del préstamo hipotecario, con rentas adecuadas a sus ingresos.

#### **4. Capítulo IV. El RD 6/2012 de 9 de marzo y la regulación de la «dación en pago»**

El RD 6/2012 constituyó la primera medida normativa dirigida a la protección de los deudores hipotecarios, contemplando la posibilidad de reestructuración de la deuda, de una quita, y la llamada «dación en pago», pero sólo en determinadas circunstancias –deudores hipotecarios con circunstancias muy concretas, en el «umbral de exclusión»–. Por medio de la misma, la entidad está obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, quedando definitivamente cancelada la deuda.

En la Ley 1/2013, la dación en pago sigue estando sujeta a las condiciones del RD 6/2012 y el Código de Buenas Prácticas –de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito–, sin ser generalizada ni mucho menos retroactiva. Tampoco se paralizan de forma generalizada los desahucios sobre la vivienda habitual del deudor

hipotecario de buena fe, lo cual continúa rigiéndose por los requisitos y el plazo de dos años previsto en el RD 27/2012. En conclusión, nada ha quedado del contenido de la Iniciativa Legislativa Popular.

Con la Ley 1/2013 únicamente se introducen algunas modificaciones, y se amplía el ámbito de aplicación, que deja de estar restringido a los deudores hipotecarios, al incluir a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual. A su vez, la Ley 8/2013 lo extiende a los fiadores. Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se hallen en el umbral de exclusión podrán exigir que se agote el patrimonio del deudor, aun cuando hubieran renunciado al beneficio de exclusión.

En conclusión, la Ley 1/2013 introduce algunos paliativos, especialmente para los deudores hipotecarios en situación más vulnerable, pero desde luego no satisface la demanda social de impedir los lanzamientos o, al menos, de dar una segunda oportunidad a los deudores hipotecarios y a sus familias, quienes, además de perder la vivienda, quedan endeudados para el resto de sus vidas, sometidos al sagrado principio de responsabilidad patrimonial universal dirigido a la protección del acreedor. Ello ha motivado la presentación de un recurso de inconstitucionalidad ante el TC, que ha sido admitido a trámite, el cual plantea la discriminación en los límites que la ley pone para acceder a las prerrogativas para no ser desahuciado, que vulnera los derechos de colectivos especialmente sensibles, como los derechos del niño, ya que la ley pone límites por edad –tres años– para las excepciones a los lanzamientos.

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
*Universidad de Salamanca*  
[jamp@usal.es](mailto:jamp@usal.es)

## Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas [BOE n.º 134, de 5-VI-2013]

### **Alquiler de viviendas**

#### **1. El propósito de la norma**

La política de vivienda de la presente legislatura presenta como uno de sus ejes fundamentales el fomento del mercado de alquiler de viviendas. En España sólo un pequeño porcentaje de la población reside en régimen de arrendamiento a pesar de que existen millones de viviendas vacías y la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas (en adelante LMAV), persigue el propósito de convertir el mercado del alquiler en una alternativa eficaz al mercado de propiedad. Para conseguir tal finalidad, refuerza la posición jurídica de los arrendadores en detrimento de la de los arrendatarios. Esta circunstancia ha propiciado ya señaladas críticas que denuncian una falta de sensibilización con la dimensión social del asunto de la «vivienda». En cualquier caso, debe admitirse que muchas de las disposiciones protectoras del inquilino que ahora resultan suprimidas o atenuadas influían en la renuencia de los propietarios de viviendas para ofertarlas en arrendamiento; y que será necesario esperar un tiempo prudencial para valorar los efectos de la nueva regulación en el mercado de alquiler. También ha de aceptarse que las políticas públicas en materia de vivienda dirigidas a los colectivos más necesitados, ciertamente debilitadas en el actual contexto de contención del gasto público (cfr. Disposición Adicional Segunda LMAV), son compatibles con la modificación de la normativa sobre arrendamiento.

Como es sabido, existen antecedentes normativos recientes dirigidos en alguna medida a dinamizar el mercado de alquiler, especialmente centrados en la agilización de los procesos de desahucio. Ahora bien, la LMAV realiza una reforma integral del régimen jurídico del arrendamiento de vivienda, a través de la modificación sustancial de la [Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos](#) [BOE n.º 282, de 25-XI-1994], en adelante LAU, y de aspectos más puntuales de la [Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil](#) [BOE n.º 7, de 8-I-2000]. Además, faculta al Ministerio de Fomento para articular instrumentos de colaboración que le permitan obtener información sobre contratos de arrendamiento de vivienda (Disposición Adicional Primera LMAV) y crea un Registro de Sentencias Firmes de Impago de Rentas de Alquiler para ofrecer información sobre el riesgo que supone arrendar inmuebles a personas con precedentes de impago de renta (artículo 3 LMAV).

Si bien, inicialmente, el [Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, de 7 de septiembre de 2012](#) [BOCG 10-A-21-1] contemplaba medidas de carácter fiscal para incentivar el mercado del alquiler, las mismas fueron introducidas (vía enmienda) en la [Ley 16/2012, de 27 de diciembre, que adopta](#)

[diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica](#) [BOE n.º 312, de 28-XII-2012].

La nueva regulación sólo se aplica a los contratos celebrados tras su entrada en vigor (Disposición Transitoria Primera LMAV), de modo que se complica el panorama normativo. Coexisten ahora en nuestro ordenamiento contratos sometidos al [Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de arrendamientos urbanos](#) [BOE n.º 311, de 29-XII-1964], al régimen previsto por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre antes de la LMAV y al establecido por aquélla tras la reciente modificación. Por su parte, los procesos en tramitación siguen rigiéndose por la legislación procesal anterior (Disposición Transitoria Segunda LMAV).

## 2. Modificaciones relevantes de la Ley de Arrendamientos Urbanos

La primera modificación (probablemente superflua conforme a una buena técnica jurídica) afecta al ámbito de aplicación de la LAU. Para evitar que el uso del alojamiento privado como turismo implique situaciones de intrusismo y competencia desleal (afirma el preámbulo de la LMAV), quedan expresamente excluidos los contratos comercializados o promocionados en canales de oferta turística para que queden sometidos a la normativa sectorial o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada.

En segundo término, se refuerza la autonomía negocial de las partes, lo que implica la supresión de algunas normas hasta ahora imperativas y tuitivas del arrendatario. Destaca la posibilidad de que la renta sea actualizada en la fecha en que se cumpla cada año de vigencia del contrato, en los términos pactados por las partes (hasta ahora sólo se permitía actualizar la renta durante los cinco primeros años de duración del contrato conforme a las variaciones del IPC). Por otro lado, se permite libremente la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente (antes sólo era posible en contratos de duración pactada superior a cinco años). Además, se faculta al arrendador para exigir inmediatamente al arrendatario que realiza obras no consentidas (que afecten a la estabilidad o seguridad de la vivienda) la reposición de las cosas al estado anterior, sin necesidad de esperar a la conclusión del contrato (en caso de no optar por la resolución), tal como imponía hasta ahora la Ley.

La LAU mantiene un buen número de preceptos imperativos cuyo objetivo es la salvaguarda del derecho de vivienda del arrendatario, pero los más relevantes le dispensan ahora una protección menor. Un asunto de gran trascendencia es el de la duración mínima por vía de prórroga anual forzosa (para el arrendador) del arrendamiento, que se reduce de cinco a tres años; manteniéndose esa duración mínima en el supuesto de finca no inscrita, cuando concurren los requisitos de protección de la apariencia jurídica. Al mismo tiempo, la duración de la prórroga tácita pasa de tres a un año. La modificación del régimen de prórroga forzosa se acompaña de una ampliación de la excepción legal a la misma, cuando el arrendador necesita la vivienda para destinarla a «vivienda permanente» propia o de los familiares de primer grado (de

consanguinidad o por adopción) o del cónyuge en supuestos de sentencia firme de separación, nulidad o divorcio: procede transcurrido el primer año de duración del contrato, sin necesidad de hacer, como ocurría antes, expresa previsión a la «necesidad» en el propio contrato.

Otro tema de gran calado en el que resulta mermada la protección del arrendatario es de la oponibilidad del arrendamiento frente a terceros. A través de una regulación no demasiado precisa (y algo dispersa) se establece el principio de inoponibilidad del arrendamiento no inscrito: procede la extinción del mismo en caso de enajenación de la vivienda a adquirente de buena fe o de extinción del derecho de propiedad del arrendador por otras causas. Sin embargo, inscrito el arrendamiento, el adquirente (o el nuevo propietario) se subroga en los derechos y obligaciones del arrendatario y queda sometido al régimen de duración mínima y prórroga tácita. La nueva situación implica un cambio relevante pues, antes, el adquirente de buena fe (o el nuevo propietario) quedaba sometido al régimen de duración mínima de cinco años, aun cuando el arrendamiento no se hubiera inscrito.

Otra modificación, en beneficio del arrendador, es la regulación (*ex novo*) de la condición resolutoria por impago de renta que, en caso de arrendamiento inscrito, opera la resolución de pleno derecho (y procede la cancelación registral) si media requerimiento de pago judicial o notarial, sin que se produzca en el plazo de diez días contestación diversa a la aceptación de la resolución.

Aunque, en líneas generales, la nueva regulación implica un empeoramiento de la posición del arrendatario, hay algunas novedades en sentido contrario. Así, en primer término, destaca la facultad de aquél de desistir del contrato una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, comunicándolo al arrendador con una antelación mínima de treinta días. En tal caso, sólo procede indemnización (una mensualidad de renta por cada año que quede por cumplir) si las partes lo pactan así en el contrato. Mejora así notablemente la posición del inquilino que, hasta el momento, sólo podía desistir en los contratos de duración superior a cinco años (y cuando habían transcurrido esos cinco). Resulta igualmente interesante la posibilidad de que las partes acuerden que, durante un plazo determinado, la obligación de pago de la renta se reemplace total o parcialmente por el compromiso del arrendatario de rehabilitar o reformar el inmueble. Por otro lado, se extiende la protección dispensada al arrendatario con discapacidad (con relación a la adaptación de la vivienda) al arrendatario con edad superior a setenta años. Finalmente, se prevé que el cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda de forma permanente o en plazo superior al que reste por cumplir del contrato pase a ser titular del mismo (antes sólo se afirmaba su derecho a continuar en el uso de la vivienda).

### 3. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil

La agilización del proceso de desahucio se había abordado en diversas reformas de la anterior legislatura. Así, en la [Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios](#) [BOE n.º 283, de 24-XI-2009]; y en la [Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal](#) [BOE n.º 245, de 11-X-2011]. La LMAV modifica diversos preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para vincular el lanzamiento a la falta de oposición del demandado. Si éste no atiende el requerimiento de pago o no comparece para oponerse o allanarse, el secretario judicial dictará decreto dando por terminado el juicio y se producirá el lanzamiento. Se modifica así el sistema anterior que impedía señalar el lanzamiento hasta que no se supiera si la vista se había celebrado o no.

MARÍA JOSÉ VAQUERO PINTO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil*  
*Universidad de Salamanca*  
[chevaq@usal.es](mailto:chevaq@usal.es)

Reglamento (UE) n.º 611/2013 de la Comisión, de 24 de junio de 2013, relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas [DOUE L 173, de 26-VI-2013]

**Privacidad de las comunicaciones electrónicas**

La salvaguarda de derechos como la intimidad y la confidencialidad se han convertido en una prioridad para el legislador europeo, obligado por el propio desarrollo de la tecnología. En los últimos años, la preocupación por su efectiva protección no ha pasado inadvertida en el marco comunitario, y así lo ha querido plasmar la Comisión Europea reiterando sus esfuerzos en aras de proteger los derechos fundamentales de los particulares. Reflejo de todo ello es el Reglamento 611/2013, que trata de dar una nueva dimensión a la Directiva revisada 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 que modifica entre otras la Directiva 2002/58/CE.

El Reglamento se encarga de regular cómo, cuándo y ante quién deben notificar, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, los casos de violación de datos personales, entendiendo por «violación», sin pretender adelantar el contenido que sigue, cualquier incidente de seguridad que se produzca y comprometa datos personales.

Ante una violación de datos de carácter personal, la Directiva de 2009 establece la obligación para el proveedor de notificarla a la autoridad nacional competente e informar a la persona afectada. El Reglamento 611/2013 reitera dicha obligación tratando de completar algunos aspectos no contemplados en la legislación comunitaria existente hasta la fecha.

Como apunte previo, a efectos de clarificar la pretensión y el sentido del Reglamento, conviene destacar qué se entiende por *violación de los datos personales*. Siguiendo el tenor literal de la reseñada Directiva, se entiende por tal, «la violación de la seguridad que provoque la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida, la alteración, la revelación o el acceso no autorizados, de datos personales transmitidos, almacenados o tratados de otro modo en relación con la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas de acceso público en la Comunidad» (Considerando n.º 2 del Reglamento, que remite al artículo 2, letra i), de la Directiva 2002/58/CE)

Teniendo en cuenta este concepto y la gravedad que pueden entrañar los casos en los que se produzca una violación de datos personales, no es de extrañar que cada Estado haya venido tomando las medidas oportunas para tratar de paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias negativas que desencadenan los diferentes supuestos a los que cada legislador tenga que enfrentarse. Y precisamente de tal hecho nace la necesidad de elaborar el Reglamento 611/2013, cuyo objeto es tratar de armonizar el sistema de notificación, tanto a la autoridad nacional que compete según el Estado

miembro de que se trate (en España sería a la Agencia Española de Protección de Datos, AEPD), como a la persona afectada (denominada en su artículo 3 «abonado» o «particular»).

Para su exégesis resumida, se procede, a continuación, a destacar los elementos más sobresalientes de la norma comunitaria, para, seguidamente, plasmar aquellas cuestiones a nuestro entender más controvertidas.

Los puntos fundamentales que se abordan en el articulado del Reglamento son:

- No basta una mera violación de datos personales, sino que, además, ha de afectar negativamente a los datos personales o intimidad del abonado o particular (como se recoge en la Directiva del 2009).
- La notificación a realizar en caso de violación de datos personales deberá contener los extremos contemplados en los *Anexos I y II* del propio Reglamento según se dirija a la autoridad competente o al abonado (según se dispone en los artículos 2 y 3 del Reglamento). En la notificación a la autoridad competente (*Anexo I*) el contenido se dividirá en dos secciones, la primera de las cuales contendrá información relativa a la *identificación del proveedor* (nombre, identidad y datos del contacto responsable de proteger los datos y se indicará si es la primera o segunda notificación) e *información inicial sobre la violación* (fecha y hora del incidente, circunstancias del caso, naturaleza y contenido de los datos violados, medidas tanto técnicas como de organización aplicadas o pendientes de aplicarse y para los casos que proceda recurso a otros proveedores). La sección segunda reunirá la *información suplementaria sobre el caso* (resumen del incidente, número de personas afectadas, consecuencias y efectos negativos a los que se pueden enfrentar los abonados y medidas técnicas y de organización adoptadas por el proveedor para contrarrestar los efectos producidos) y, según las circunstancias particulares de cada caso, *posible notificación adicional a los abonados o particulares y posibles cuestiones de carácter transfronterizo* cuando la violación afecte a abonados de otros Estados miembros contemplando la notificación a las autoridades pertinentes que en cada caso sean competentes.

Respecto a la notificación al particular (*Anexo II*), contendrá: el nombre del proveedor, los datos de contacto del responsable encargado de proteger los datos, fecha y resumen del incidente así como la naturaleza y contenido de los datos personales y las posibles consecuencias de la violación, debiendo informar también sobre las circunstancias en las que se ha producido la violación y las medidas adoptadas y recomendadas para subsanar y paliar respectivamente los efectos negativos derivados de la violación.

- Merece especial atención la flexibilidad en cuanto a los plazos, por primera vez contemplados, de que dispone el proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas para comunicar la violación de datos a la autoridad nacional competente. Si bien es cierto que el proveedor dispone de un primer plazo de 24 horas para poner en conocimiento de la autoridad nacional competente el hecho, la norma permite una segunda notificación dentro de los 3 días siguientes desde que se produzca la primera, a fin de que el proveedor complete la información que no tuviera en un primer momento. Sin perjuicio, añade la norma, de que se envíe una tercera notificación con la información que reste, en el *plazo más breve posible*, justificando de forma motivada la dilación (artículo 2 del Reglamento).
- Existen ciertos casos (según se desprende del artículo 4), en los que no es necesaria la notificación al afectado. La excepción a la regla viene determinada por el hecho de que el proveedor haya aplicado, a los datos afectados en cuestión, las medidas tecnológicas de protección convenientes, pues, de ser así, la notificación se convierte en potestativa.

Las medidas de protección convierten los datos en incomprensibles, a través, por ejemplo, de un cifrado específico seguro o mediante el uso del *hash value* (datos que se sustituyen por su valor resumen, calculado por una función resumen con clave criptográfica normalizada –artículo 4.2.b del Reglamento–), para evitar que personas no autorizadas accedan a ellos.

Así mismo, atribuye a la Comisión, previa consulta a determinadas autoridades, la posibilidad de publicar las medidas tecnológicas de protección (artículo 4 de la Directiva).

En segundo término, los elementos «controvertidos», de difícil aplicación práctica (por cuanto pueden llegar a ocasionar en algunos casos inseguridad jurídica por falta de concreción, imprecisión...), son los siguientes:

- Los plazos marcados respecto a cuándo se ha de producir la notificación a la autoridad competente (artículo 2.3) son de 24 horas, 3 días siguientes, para terminar señalando «el plazo más breve posible». La imprecisión es palmaria y la inseguridad jurídica es consecuencia directa.
- Señala el Reglamento que en circunstancias excepcionales, cuando la notificación al abonado o particular pueda comprometer la investigación del caso de violación de datos personales, el proveedor podrá demorar la referida comunicación (artículo 3.5). La excepcionalidad es portadora también de inseguridad jurídica, ya que, por un lado, debe haber una previa autorización de la autoridad nacional competente, y, por otro, es fundamental que la armonización del sistema sea completa y lo más garantista posible, debiendo, bajo nuestro punto de vista, ser obligatoria en todo caso la notificación de la violación al

interesado (ya que la vulneración de sus derechos fundamentales se ha producido, al menos informarlo para su conocimiento y efectos oportunos).

- En el artículo 3.6 donde hace alusión a «las vías de comunicación que garanticen una pronta recepción» no se especifica cuáles son esas vías. Las imprecisiones van contra las garantías de los ciudadanos.
- Si, por un lado, resaltamos como elemento positivo el que la Comisión adopte medidas tecnológicas de protección relacionadas con la notificación (artículo 4), por otro, hay que tomar en cuenta que tal apuesta queda en mera intencionalidad por cuanto se requiere consulta previa a las autoridades nacionales y, sobre todo, porque queda en el dintel del «podrá» (vid. artículo 4.3).
- Las actividades transfronterizas que puedan desarrollar los proveedores quedan en mera enunciación (y consecuente inseguridad jurídica), por cuanto no se adoptan medidas técnicas de ejecución y porque las autoridades nacionales competentes no se ven compelidas a la cooperación en casos de violación de datos personales (con posible dimensión transfronteriza). Se produce una falta de respuesta a importantes «Considerandos» (el 4 y el 9).
- No se detallan cuáles son los soportes electrónicos seguros de que disponen los proveedores para notificar los casos de violación. En este caso no se da respuesta dispositiva al «Considerando 11».

Aun siendo lo más importante lo hasta ahora resaltado, se considera de interés dejar constancia, aunque sea de manera complementaria, de que los «Considerandos» referidos a los distintos apartados del artículo 4 de la Directiva 2002 (véanse las remisiones al artículo 4 de los considerandos 2, 3, 5, 6 y 19) se refieren a la Directiva revisada 2009/136/CE.

Todavía es pronto para aventurar si los operadores de telecomunicaciones y proveedores de servicios de Internet cumplirán con lo estipulado. No procede, aún, hacer un balance apriorístico, pues el Reglamento entró en vigor el pasado 25 de agosto. En todo caso se debe esperar al informe que, según lo preceptuado en el artículo 6 del Reglamento, presentará la Comisión en 2016, para evaluar su aplicación, sobre todo en cuanto a eficacia y repercusión. Será entonces cuando podremos evaluarlo a la luz del seguimiento del sistema hecho por los proveedores y las respuestas dadas por las autoridades competentes.

M.<sup>a</sup> TERESA HEREDERO CAMPO  
*Licenciada en Derecho. Doctoranda en Derecho Civil*  
*Universidad de Salamanca*

**Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho «ad referendum» en Rabat el 6 de marzo de 2007**  
[BOE n.º 70, de 22-III-2013]

### **Repatriación de menores marroquíes no acompañados**

Las relaciones entre Marruecos y España en materia de menores no acompañados se remontan al *Memorandum de entendimiento sobre repatriación asistida de menores no acompañados*, firmado en Madrid el 23 de diciembre de 2003, cuyo éxito fue reducido o nulo.

Con el objetivo de impulsar estas relaciones, y en el marco de la VII reunión de alto nivel hispano-marroquí, se celebró el *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007*, justo en un momento en que la llegada de menores marroquíes no acompañados a España había comenzado a ser alarmante. Y lo cierto es que a pesar de que este Acuerdo no ha entrado en vigor hasta el pasado 2 de octubre de 2012, tras esperar durante más de cinco años la ratificación por parte de Marruecos, el flujo de menores marroquíes en patera a nuestras costas bajó drásticamente tras la firma de este Acuerdo.

Se trata de un texto en que se han cuidado meticulosamente las formas. Se alude a la normativa internacional de protección de los menores y se reafirman ambos Estados en que el interés superior del menor debe constituir la base de toda cooperación.

Este Acuerdo, como el celebrado con Senegal [*Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción*, hecho «ad referendum» en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (BOE n.º 173, de 18-VII-2008)], en vigor desde el 1 de julio de 2008, tiene una estructura tripartita, distinguiendo entre acciones de prevención, medidas de protección y acciones en materia de retorno.

Los objetivos generales que el Acuerdo persigue son, de un lado, establecer un marco de trabajo conjunto en materia de prevención de la emigración ilegal de menores de edad no acompañados y de protección y de retorno de estos menores y, de otro, consolidar un diálogo permanente y facilitar el intercambio de datos e información con vistas a tratar de manera eficiente la prevención de la emigración de los menores de edad no acompañados, su protección y su retorno. Las autoridades competentes

a las que se encomiendan tales objetivos son, por parte de España, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (hoy, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad) y por parte de Marruecos, el Ministerio de Desarrollo Social, de la Familia y de la Solidaridad (hoy, Ministerio de Solidaridad, de la Mujer, de la Familia y de Desarrollo). Entre sus objetivos específicos se encuentran la adopción de medidas de prevención centradas en el desarrollo social y económico de las zonas de origen de los menores de edad no acompañados, así como en la lucha contra las redes de tráfico de personas, la adopción de medidas de asistencia y protección de los menores marroquíes no acompañados que se encuentren en territorio español y favorecer el retorno asistido de los menores al seno de sus familias o a la institución de tutela del país de origen, así como su reinserción social.

Las acciones de prevención se perfilan desde dos ángulos: de un lado, las labores de sensibilización o de advertencia de los riesgos que conlleva la emigración que necesitan además de una labor activa de cooperación al desarrollo en las zonas de donde provienen mayoritariamente estos menores para evitar su fracaso; de otro, se intenta combatir la práctica del tráfico ilegal de personas.

En cuanto a las medidas de protección, se obliga a las autoridades españolas a proporcionar a las autoridades marroquíes toda la información sobre el menor, en el plazo de un mes a partir de la fecha de la entrada ilegal del menor en territorio español. A su vez, las autoridades marroquíes procederán a la identificación del menor y de su familia y a la expedición de la documentación que demuestre su nacionalidad en un plazo de tres meses a partir de la entrega de la documentación y/o información sobre el menor por parte de las autoridades españolas (artículo 4).

De forma sospechosa, el último apartado del artículo 4 establece que las partes llegarán a un acuerdo previo sobre el caso de menores que puedan ser objeto de regreso y asimismo sobre su número. La redacción del precepto hace sospechar que pueda girar en torno a un cupo la repatriación de menores, cuando, si se tuviera en cuenta el interés del menor, cada caso habría de ser analizado particularizadamente y no cabría llegar a repatriaciones genéricas que es lo que se puede deducir de la redacción de este apartado. El Comité de los Derechos del Niño ha manifestado claramente que los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior.

En lo relativo a las acciones en materia de retorno, además de especificar que quedará sujeta a la normativa española e internacional, vuelve a aparecer el principio del interés superior de los menores de edad, principio que las partes se obligan a preservar para garantizar, en cada caso, las condiciones de la reunificación familiar efectiva o su entrega a cargo de una institución de tutela. Además, se obligan a cooperar en el establecimiento de un dispositivo de acogida dotado con recursos materiales y humanos cualificados, tanto públicos como privados o que procedan de ONG que trabajan en el ámbito de la protección de la repatriación de menores (artículo 5).

Hay que precisar, como han puesto de manifiesto distintas organizaciones no gubernamentales que se dedican a la protección de los menores en Marruecos, que el sistema de protección de menores en este país no está preparado para proporcionar el cuidado adecuado a los menores que sean repatriados por España.

Se ha financiado por parte del Gobierno español la construcción en Marruecos de centros de acogida destinados a menores no acompañados. HRW ha manifestado su preocupación por que los centros puedan ser empleados para acelerar el retorno de los menores no acompañados a un país que carece de sistema de protección de menores en activo para acogerlos.

Por otro lado, se ha denunciado por parte de esta organización que los menores marroquíes no acompañados se enfrentan a repetidos abusos y detenciones por las fuerzas de seguridad y autoridades de frontera de Marruecos. En virtud de los procedimientos oficiales, España entrega a estos menores a las autoridades de frontera de Marruecos (artículo 195 del [Reglamento de Extranjería](#)). Los menores se enfrentan al riesgo de ser detenidos con base al artículo 50 del Acta Marroquí de Inmigración y Emigración, Ley n.º 02-03 que castiga la emigración irregular de Marruecos con una multa y/o pena de cárcel de hasta seis meses.

Los términos del debate sobre los acuerdos de repatriación de menores no deberían plantearse en la generalidad de repatriación no/repatriación sí. Lo determinante es estar al caso concreto, de forma que se pueda valorar individualizadamente qué es lo que beneficia más al menor en su concreta situación. Por lo que, antes de proceder a la repatriación del menor a su país de origen, deberían observarse las siguientes condiciones que dimanarían de las buenas prácticas establecidas por diferentes organizaciones. De un lado, y con carácter universal, la Observación General n.º 6 (2005), del Comité de los Derechos del Niño, «Trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen» (CRC/CG/2005/6, 1 de septiembre de 2005). De otro, y con carácter regional, el Programa de Menores no Acompañados en Europa, que es una iniciativa de la Alianza Internacional Save the Children y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Recomendación CM/Rec (2007) 9 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre los proyectos de vida a favor de los menores migrantes no acompañados (adoptada por el Comité de Ministros, el 12 de julio de 2007, durante la 1002.ª reunión de Delegados de Ministros):

- Se tiene que haber realizado una evaluación metódica de la seguridad que existe para el regreso del menor a su país de origen, tomando en consideración los riesgos de persecución, de ser involucrado en conflictos armados, de violencia y abusos y de explotación;
- Será necesario examinar la capacidad de la familia del menor de propiciar los cuidados adecuados y tomar en consideración las opiniones de la familia acerca del regreso del menor.

- Se deberá realizar un diagnóstico de las condiciones de acceso a la alimentación, la vivienda, los servicios sanitarios, la educación, la formación profesional y las oportunidades de empleo en el país de origen.
- Los cuidadores y tutores del menor en el país de acogida tienen que afirmar que el regreso responde a su interés superior.
- El menor deberá ser, en todo momento, plenamente informado y consultado, debiendo recibir, además, el asesoramiento y apoyo adecuados. En particular: a) Antes de que tenga lugar el regreso deberá facilitarse el contacto entre el menor y su familia; b) Durante su regreso, el menor ha de ir debidamente acompañado; c) Después de su regreso, se deberá hacer un seguimiento de la situación y del bienestar del menor por autoridades u organismos competentes.

ANTONIA DURÁN AYAGO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Salamanca*  
[aduran@usal.es](mailto:aduran@usal.es)

Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida  
[DOUE L 180, de 29-VI-2013]

**Protección internacional**

1. Los países de la Unión Europea (en adelante, UE) tienen la obligación legal y moral de ofrecer protección y libertad a los refugiados que proceden tanto de dentro como de fuera de nuestro continente. La UE con este Reglamento 604/2013 pretende facilitar la garantía de los derechos de las personas que huyen de persecuciones, así como busca dotar a la propia Unión de un Sistema Europeo Común de Asilo. La Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo han trabajado durante años para definir un marco jurídico general aplicable al tratamiento de los solicitantes de asilo. Nos sirve para recordar que la UE se basa en valores que consagran el respeto de los derechos humanos y el Estado de Derecho y demuestra que, incluso en tiempos de crisis económica, la promoción del derecho de asilo centra los esfuerzos de la UE para la creación de un espacio de libertad y justicia.

2. Hasta ahora, la política de asilo de la UE conformaba un todo defectuoso e incompleto. Las sorprendentes diferencias en los resultados de las solicitudes de asilo en el conjunto de la UE, las condiciones materiales en las que se acoge a los solicitantes y los derechos procesales que se les otorgan afectaban a la credibilidad y la eficacia del sistema de asilo de la UE.

Esto es injusto tanto para los solicitantes de asilo como para los países que los acogen, y es una de las principales razones por las que un pequeño número de Estados miembros reciben una parte desproporcionadamente grande del total de solicitantes: el 70 por ciento de las solicitudes se presentan en sólo cinco Estados miembros, entre ellos, algunos de los grandes, como Francia, Alemania y Reino Unido, pero también de los más pequeños, como Bélgica y Suecia.

3. El Reglamento 640/2013 representa un nuevo marco jurídico que introduce criterios claros a la hora de determinar las solicitudes de asilo, un procedimiento más eficaz y una mejora de las condiciones de acogida de los solicitantes. Se introducen garantías específicas para determinadas categorías de personas vulnerables, en particular los menores y las víctimas de torturas y violencia, y se reconoce expresamente que los Estados miembros deben evitar la detención de los solicitantes de asilo. Y para quienes ven su solicitud de asilo aceptada y, por tanto, reciben protección internacional, esta nueva norma armoniza los beneficios propios de dicho estatuto, especialmente en materia de refuerzo de los derechos de residencia y de facilitación del acceso a un empleo y a la asistencia sanitaria.

4. En nuestra opinión, era ya preciso introducir modificaciones sustanciales en el Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. En aras de una mayor claridad, convenía proceder a la refundición de dicho Reglamento. Una política común en materia de asilo, incluido un sistema europeo común de asilo (SECA), es uno de los elementos constitutivos del objetivo de la UE de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto a quienes, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la Unión.

5. En este contexto, el objeto de este nuevo Reglamento es establecer los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

Queda derogado el comentado [Reglamento \(CE\) n.º 343/2003](#) así como el artículo 11.1 y los artículos 13, 14 y 17 del [Reglamento \(CE\) n.º 1560/2003 de la Comisión](#), de 2 de septiembre de 2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

6. Finalmente, es de reseñar que de acuerdo con el artículo 49 del nuevo Reglamento 640/2013, éste entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *DOUE* y será aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas a partir del primer día del sexto mes siguiente a su entrada en vigor y, desde esa fecha, se aplicará a toda petición de toma a cargo o de readmisión de solicitantes, sea cual sea la fecha en que se formuló la solicitud. La determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada antes de dicha fecha se efectuará de conformidad con los criterios enunciados en el Reglamento 343/2003.

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ  
*Profesor de Derecho internacional privado*  
*Universidad Miguel Hernández de Elche*  
[alfonso.ortega@umh.es](mailto:alfonso.ortega@umh.es)

**Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional**  
**[DOUE L 180, de 29-VI-2013]**

**Protección internacional**

1. La presente Directiva tiene por objeto establecer procedimientos comunes para conceder y retirar la protección internacional conforme a la Directiva 2011/95/UE. Garantiza una evaluación global y eficiente de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo en el sentido de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional; y establece un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

El objetivo principal de la Directiva 2013/32/UE es desarrollar nuevas normas para los procedimientos en los Estados miembros para conceder o retirar la protección internacional con vistas al establecimiento de un procedimiento común de asilo en la Unión. La aproximación de las normas sobre procedimientos para conceder y retirar la protección internacional debería contribuir a limitar los movimientos secundarios de los solicitantes de protección internacional entre Estados miembros, cuando dichos movimientos estuvieran originados por diferencias entre los marcos jurídicos, y crear condiciones equivalentes para la aplicación de la Directiva 2011/95/UE en los Estados miembros.

En lo que se refiere al trato de las personas que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, los Estados miembros están vinculados por las obligaciones derivadas de los instrumentos del Derecho internacional en los que son parte.

2. Los Estados miembros, a partir de la Directiva 2013/32/UE, deberán adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a los artículos 1 a 30, al artículo 31, apartados 1, 2, 6, 7, 8 y 9, a los artículos 32 a 46, a los artículos 49 y 50 y al anexo I a más tardar el 20 de julio de 2015. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 31, apartados 3, 4 y 5, a más tardar el 20 de julio de 2018.

3. La nueva norma, que garantizará unos estándares mínimos «mejores y más armonizados» para la acogida de personas que pidan asilo político, independientemente del país en que hayan hecho la solicitud, presta especial atención a la situación de personas en una situación más vulnerable, como pueden ser los menores no acompañados, y también tiene más en cuenta las diferencias entre los distintos sistemas

legales de forma que se eviten tanto la carga administrativa innecesaria como el abuso de sus sistemas de asilo.

Según la nueva Directiva, la detención de estas personas sólo será posible sobre la base de una evaluación individual que muestre que no se pueden aplicar de forma eficaz otras medidas alternativas «menos coercitivas». Además, se darán más garantías a los solicitantes de asilo detenidos en relación con la revisión de su orden de detención y el acceso a asistencia y representación legal gratuita.

Como regla general, los solicitantes deberán ser retenidos en instalaciones especiales de acogida y, si esto no es posible, se permitirá alojarlos en prisiones pero sólo con la condición de que estén separados de los delincuentes. El tiempo para que se permita a estas personas buscar trabajo se acortará de doce a nueve meses desde que hicieran la solicitud, dado que el objetivo es que puedan integrarse completamente en el Estado de acogida y ser autosuficientes lo antes posible.

En los casos de personas que hayan sufrido violaciones o torturas, los países deberán garantizar que reciban el tratamiento médico o psicológico necesario.

Se establece un régimen que otorgue salvaguardas adicionales sobre la detención de personas vulnerables con necesidades especiales.

Para los menores no acompañados, la nueva ley especifica que sólo podrán ser detenidos «en circunstancias excepcionales, y nunca en una prisión».

Tanto los menores como los adultos dependientes tendrán más garantías para que puedan ser acogidos por familiares.

4. Esta Directiva refleja un principio de Derecho de la UE fundamental: el hecho de que las decisiones adoptadas con respecto a una solicitud de protección internacional, las decisiones relativas a un rechazo a reexaminar una solicitud después de su suspensión y las decisiones relativas a la retirada del estatuto de refugiado o protección subsidiaria deban estar sujetas a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional.

5. Queda derogada, para los Estados miembros vinculados por esta Directiva, la [Directiva 2005/85/CE](#) con efectos a partir del 21 de julio de 2015, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas al plazo de incorporación al Derecho interno de la Directiva.

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

*Profesor de Derecho internacional privado*

*Universidad Miguel Hernández de Elche*

[alfonso.ortega@umh.es](mailto:alfonso.ortega@umh.es)

**Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional [DOUE L 180, de 29-VI-2013]**

**Protección internacional**

1. Una política común en el ámbito del asilo, incluido un sistema europeo común de asilo, es uno de los elementos constitutivos del objetivo de la UE si se pretende establecer, progresivamente, un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto a los que, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la UE. Tal política de asilo, que debe estar regida por el principio de solidaridad y el reparto equitativo de responsabilidades, incluidas sus repercusiones financieras, entre los Estados miembros, es la razón de ser de esta Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.

2. Esta Directiva tiene por objeto establecer normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, para garantizarles un nivel de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros con el fin de contribuir a limitar los movimientos secundarios de los solicitantes debidos a la diversidad de las condiciones de acogida.

3. Para garantizar la igualdad de trato de los solicitantes en toda la UE, esta Directiva 2013/33/UE deberá aplicarse en todas las fases y tipos de procedimientos de solicitud de protección internacional, en todos los lugares e instalaciones en los que se alojen los solicitantes y a todo el período en que se les permita permanecer en el territorio de los Estados miembros como solicitantes.

Al aplicar esta Directiva, los Estados miembros deben velar por garantizar el cumplimiento íntegro de los principios del interés superior del menor y de la unidad familiar, de acuerdo con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El objetivo de la Directiva 2013/33/UE, a saber, el establecimiento de unas normas para la acogida de los solicitantes en los Estados miembros, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión y los efectos de la acción propuesta puede lograrse mejor a nivel de la UE.

4. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30 y el anexo I, a más tardar el 20 de julio de 2015.

Queda derogada la [Directiva 2003/9/CE del Consejo](#), de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, para los Estados miembros vinculados por esta Directiva, con efectos a partir del 21 de julio de 2015.

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ  
*Profesor de Derecho internacional privado*  
*Universidad Miguel Hernández de Elche*  
[alfonso.ortega@umh.es](mailto:alfonso.ortega@umh.es)

**Reglamento (UE) n.º 472/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades [DOUE L 140, de 27-V-2013]**

**Supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona euro**

El Reglamento 472/2013, cuyo ámbito de aplicación espacial es el de los Estados miembros cuya moneda es el euro, viene a suponer un reforzamiento de la supervisión comunitaria, dados los problemas que tienen algunos de los Estados sobre el control de la estabilidad presupuestaria, con claro deterioro del nivel de déficit y deuda pública, con el fin de evitar contagios y garantizar la rápida vuelta a la situación de normalidad económica, fiscal y financiera. El Reglamento viene a inyectar un plus de exigencia a aquellos países cuya moneda es el euro, que tienen graves dificultades sobre la estabilidad financiera o sostenibilidad de las finanzas públicas.

Así, la intensidad en la supervisión por parte de los diferentes organismos europeos se afronta de forma proporcional a la gravedad de las dificultades financieras y a la naturaleza de las ayudas recibidas, que tienen como objeto desde la simple prevención hasta un completo programa de ajuste, con ocasión de la recepción de ayudas de uno o varios Estados miembros o de terceros países, o de otros instrumentos como el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera, del Mecanismo Europeo de Estabilidad, de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera, o de otra institución financiera de ámbito internacional, como el Fondo Monetario Internacional (FMI).

La Comisión podrá decidir someter a supervisión reforzada a los Estados miembros cuya estabilidad financiera experimente o corra el peligro de sufrir graves dificultades con el consiguiente efecto dominó sobre el resto de los Estados de la zona euro, teniendo el Estado miembro en cuestión la posibilidad de dar su punto de vista antes de que la Comisión adopte una decisión sobre la supervisión reforzada. La decisión, de adoptarse, tendrá una vigencia de seis meses, prorrogables por otros tantos, e incluirá una evaluación global sobre las condiciones de endeudamiento, el perfil del vencimiento de las obligaciones de deuda, la solidez del marco presupuestario, la sostenibilidad a largo plazo de sus finanzas públicas, la importancia de la carga de su deuda y el riesgo de contagio ante problemas en el sistema financiero. Quienes reciban una ayuda financiera con carácter preventivo se someterán a la supervisión reforzada salvo que se reciba en forma de una línea de crédito que no esté supeditada a la adopción de nuevas medidas, en tanto que dicha línea no se utilice. Pesan sobre los Estados sometidos a supervisión reforzada el deber de comunicación al BCE de la

información desagregada relativa a la evolución del sistema financiero nacional y remisión de los resultados de las pruebas de resistencia y análisis de sensibilidad cuyo fin es la evaluación de la capacidad de recuperación del sector financiero. Asimismo, deberán ser requeridos para presentar evaluaciones periódicas del sector financiero, así como cualquier información que la Comisión crea oportuna para el seguimiento de los desequilibrios macroeconómicos. Una vez recibidos estos datos, el Banco Central Europeo (BCE) y las Autoridades Europeas de Supervisión (AES) pertinentes elaborarán en coordinación con la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS), una evaluación con los puntos vulnerables del sistema financiero, y remitirán esa evaluación a la Comisión. La Comisión y las AES pertinentes, y, cuando proceda, con el FMI, realizarán «misiones periódicas de evaluación», que culminarán con un diagnóstico sobre la necesidad de adoptar, o no, nuevas medidas correctoras o preventivas, o incluso la elaboración de un proyecto de programa de ajuste macroeconómico. El resultado debe comunicarse trimestralmente por la Comisión a la comisión competente del Parlamento y al Comité Económico Financiero (CEF).

Cuando un Estado miembro esté sometido a una supervisión reforzada o a un programa de ajuste macroeconómico por el que se reciban ayudas financieras para la recapitalización de entidades financieras deberá informar semestralmente al CEF de las condiciones impuestas, así como de los requisitos exigidos para la concesión de crédito del sector financiero a la economía real.

Junto a esto, adquiere relevancia la evaluación de la sostenibilidad y las necesidades de financiación reales y potenciales de la deuda pública cuando un Estado miembro solicita ayuda financiera, que corresponde a la Comisión en coordinación con el BCE, y siempre que sea posible con el FMI. La evaluación se llevará a cabo tomando como escenario económico el más probable y el más prudente, teniendo en cuenta las previsiones presupuestarias y el informe del que hablábamos anteriormente.

El Estado miembro que solicite ayuda financiera elaborará un Proyecto de Programa de Ajuste Macroeconómico que sustituirá a cualesquiera otros programas de asociación económica establecidos con arreglo al *Reglamento (UE) n.º 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro* [\[DOUE L 140, de 27 de mayo de 2013\]](#), incluyendo objetivos presupuestarios anuales. El Programa de Ajuste Macroeconómico deberá basarse, sobre todo, en la evaluación de la sostenibilidad de la deuda pública y, así, deberá tener en cuenta las prácticas y las instituciones en lo referente a la formación de salarios, así como los programas de reformas nacionales del Estado miembro en cuestión en el contexto de la estrategia de la Unión para el crecimiento y el empleo. El programa será sometido a supervisión con posterioridad, en tanto no haya sido reembolsado como mínimo el 75 por ciento de la ayuda financiera recibida.

Sobre el ámbito tributario se dispone como necesario que los Estados miembros adopten en colaboración con la Comisión, el BCE y el FMI, medidas destinadas a reforzar la eficiencia y eficacia de la recaudación, así como a prevenir y luchar contra el fraude y la evasión fiscal. Buenas palabras pero escasas medidas efectivas ante los pocos gritos que desde la Unión Europea se lanzan, por ejemplo, frente a paraísos fiscales como el de Gibraltar, colonia del todopoderoso Reino Unido, que aun no siendo un Estado perteneciente a la zona euro –ámbito de aplicación espacial del Reglamento–, como parte de la Unión Europea no se le debiera permitir mantener el estatus propio de paraíso fiscal, dañando seriamente los intereses conjuntos de la Unión, y sobre todo los del Reino de España.

MARCOS IGLESIAS CARIDAD

*Becario del Programa de Formación del Profesorado Universitario del MECD,  
adscrito al Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Salamanca*  
[iglesiascaridad@usal.es](mailto:iglesiascaridad@usal.es)

[Reglamento \(UE\) n.º 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro \[DOUE L 140, de 27-V-2013\]](#)

**Supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona euro**

La política presupuestaria actual parte de la necesidad de unas cuentas saneadas que garanticen la ausencia de riesgo para la Unión Monetaria formada en torno al euro. Por ello, el Reglamento n.º 473/2013 incide de lleno en el ciclo presupuestario de los Estados miembros de tal Unión, queriendo dotar de más eficacia al Pacto de Estabilidad y Crecimiento y al Semestre Europeo de Coordinación Reforzada de la Política Económica. El fundamento del Reglamento es el de integrar y hacer efectivas las recomendaciones del Consejo y de la Comisión en los procedimientos presupuestarios nacionales, para lo cual se dispone de un calendario presupuestario común que, a nuestro juicio, convendría que fuera integrado para España en la *Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria* ([BOE n.º 284, de 27 de noviembre](#)) como cuerpo regulador del ciclo presupuestario, a pesar de la aplicabilidad directa de los Reglamentos comunitarios.

La relación con el *Reglamento (UE) n.º 472/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades* [[DOUE L 140, de 27 de mayo de 2013](#)], es de exclusión parcial, y así cuando un Estado miembro esté sometido a un programa de ajuste no le serán de aplicación los artículos 6 a 12 del Reglamento n.º 473.

Sobre el **ciclo presupuestario**, antes del día 15 de abril, o a más tardar el 30 del mismo mes, los Estados miembros deberán hacer públicos sus Planes Fiscales nacionales a medio plazo, de acuerdo con el marco presupuestario a medio plazo e indicando la previsión nacional sobre los efectos de las reformas adoptadas, así como de las medidas propuestas para alcanzar los objetivos. Antes del día 15 de octubre cada Estado deberá hacer público el Proyecto de Presupuesto de la Administración Central, que deberá ir acompañado de los principales parámetros presupuestarios de las Administraciones Públicas de carácter subestatal, para nuestro caso, de las Comunidades Autónomas y Entes Locales. Plazo este último que acentúa el dúctil término constitucional y por el cual los Presupuestos Generales del Estado, por mor del artículo 134.3 de la Constitución (CE) y 37.1 LGP, deben presentarse ante el Congreso de los Diputados antes del 1 de octubre. Recibido el Plan de Proyecto de Presupuesto, la Comisión elaborará un informe a más tardar el 30 de noviembre, donde puede proponer líneas de actuación para que se recojan por parte de los Estados, si tienen a bien, en

los Planes Presupuestarios. Cuando se constate que hay un incumplimiento especialmente grave de las políticas presupuestarias del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, podrá, previa consulta del Estado interesado y en el plazo de una semana a partir de la presentación del Proyecto de Plan Presupuestario, solicitar la presentación de un nuevo Proyecto de Plan Presupuestario, pero revisado, a la mayor celeridad, a más tardar en un plazo de tres semanas desde la fecha de su dictamen. Recibido el nuevo proyecto revisado, la Comisión, en un plazo de tres semanas, deberá emitir nuevo dictamen que presentará al Eurogrupo (que lo someterá a debate junto con el resto de los dictámenes sobre los presupuestos nacionales) y, si lo solicitan, también lo presentará ante el Parlamento del Estado miembro afectado y ante el Parlamento Europeo.

Se invita a los Estados miembros a que tengan debidamente en cuenta el dictamen de la Comisión, pues de lo contrario el incumplimiento será factor agravante en la supervisión *ex post*.

El Presupuesto de la Administración Central debe estar aprobado antes del 31 de diciembre, salvo que por razones objetivas no se aprobara e hiciera público antes de esa fecha, por lo que se exige a los Estados la adopción de procedimientos de rectificación del Presupuesto en el caso de que no se aprobara la relación de sus ingresos-gastos, para así garantizar que la Administración pueda seguir desempeñando sus obligaciones esenciales. Estos procedimientos pueden ser, o la ejecución del Proyecto de Presupuesto, o del Presupuesto aprobado en el ejercicio anterior (prórroga) o la adopción de medidas específicas aprobadas por el Parlamento nacional. En el caso español, ante tal desagradable situación, se prevé la segunda de las opciones, la prórroga automática (artículo 134.4 CE) del anterior, sin perjuicio de que se adopten determinadas normas cuyo fin sea la adaptación de los créditos presupuestarios a las obligaciones ya contraídas o a operaciones financieras como avales, garantías y deuda pública, sin que ello pueda ocasionar el cese total o parcial de las autorizaciones de gasto prorrogadas que desvirtúen el mecanismo de la prórroga y lleguen a ser realmente un Presupuesto encubierto (véanse las SSTC 3/2003, de 16 de enero [RTC 2003/3]).

En la medida en que el Estado tome en consideración el dictamen de la Comisión, ésta elaborará un informe de conformidad, y será tenido en cuenta a la hora de recomendar la imposición de un depósito sin devengo de intereses, así como a la hora de declarar que un Estado tiene o no un déficit excesivo.

Los Estados miembro deben informar con carácter previo al Eurogrupo y a la Comisión de la emisión de **deuda pública**, ingresos que tradicionalmente se consideraron como extraordinarios, pero que dada la contingencia económica actual se viene demostrando que no lo son tanto.

El Reglamento que comentamos parte de la necesidad de control de los requisitos de estabilidad presupuestaria y financiera, ordenando a los Estados miembros la dotación de **organismos independientes encargados del seguimiento** de los límites

y principios presupuestarios. Recomienda que no sea un único el organismo, aunque tampoco apuesta por una excesiva fragmentación supervisora.

Por su parte, cuando el Consejo decida que un Estado miembro presenta un **déficit excesivo**, dicho Estado deberá presentar a la Comisión y al Consejo un «programa de asociación económica» describiendo las medidas y reformas estructurales para la corrección del déficit excesivo, e indicando las prioridades destinadas a fomentar la competitividad y crecimiento sostenible a largo plazo y eliminación de las debilidades estructurales del Estado miembro afectado. El Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, un dictamen sobre el programa de asociación, y ambas instituciones realizarán el seguimiento de la aplicación del mismo y de los planes presupuestarios anuales.

Declarado que un Estado tiene un déficit excesivo por el Consejo, a petición de la Comisión, el Estado miembro quedará obligado a requisitos adicionales de información constante, que comenzará por una evaluación global de la ejecución presupuestaria de las Administraciones Públicas y subsectores, con indicación de los riesgos financieros asociados a pasivos contingentes que puedan incidir en los presupuestos públicos. También se abordarán las medidas de reducción del déficit excesivo. La evaluación se incluirá en un informe realizado sin demora, debiendo proporcionar información periódica al uso.

Si el Estado miembro es objeto de recomendación por el Consejo, una vez presentado el informe, la periodicidad de los sucesivos será de seis meses. Si recibe advertencias del Consejo, será trimestral. La Comisión podrá pedir al Estado miembro objeto de un procedimiento por déficit excesivo auditorías independientes y completas de todos los subsectores de las Administraciones públicas, así como la proporción de información adicional disponible. En caso de riesgo de incumplimiento del déficit excesivo, la Comisión dirigirá una recomendación al Estado en cuestión relativa a la aplicación de las medidas previstas en la recomendación o que se adopten otras, atendándose a un calendario compatible con el plazo de corrección de su déficit.

MARCOS IGLESIAS CARIDAD

*Becario del Programa de Formación del Profesorado Universitario del MECD,  
adscrito al Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Salamanca*

[iglesiascaridad@usal.es](mailto:iglesiascaridad@usal.es)

### Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [BOE n.º 134, de 5-VI-2013]

#### **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**

La Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE de 5 de junio de 2013) lleva a cabo una importante reorganización institucional de los organismos que con carácter general o sectorial venían ejerciendo la tarea de supervisión del correcto funcionamiento de los mercados. La Ley 3/2013 crea una entidad única, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en lo sucesivo, CNMC) a la que se atribuyen las funciones de vigilancia del correcto funcionamiento competitivo del mercado que hasta ahora venían siendo desarrolladas por la Comisión Nacional de Competencia, así como las atribuidas a los distintos organismos supervisores de los mercados regulados. La implantación y puesta en funcionamiento de la CNMC –ya prácticamente ultimada y en marcha– está prevista por el artículo 39.4 de la Ley 3/2013 en el plazo máximo de cuatro meses desde su entrada en vigor, que se produjo a partir del día siguiente de su publicación en el BOE (6 de junio de 2013).

La CNMC se configura como un organismo público dependiente del Ministerio de Economía y Competitividad, con sede en Madrid (aunque podrán preverse otras sedes) del tipo de los previstos por la Disp. Adicional 10.ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Funcionamiento de la Administración General del Estado. Está dotada de personalidad jurídica propia, plena capacidad jurídica pública y privada y autonomía orgánica y funcional (artículos 1 a 3 de la Ley 3/2013). Su creación supone también la extinción de la Comisión Nacional de la Competencia, de la Comisión Nacional de la Energía, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, del Comité de Regulación Ferroviaria, de la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y de la Comisión Nacional del Sector Postal. Se mantienen como organismos supervisores separados los referidos al sector financiero (Comisión Nacional del Mercado de Valores) y el Consejo de Seguridad Nuclear.

La reforma implantada por la Ley 3/2013 tiene un alcance sobre todo organizativo. Según reza su Exposición de Motivos, obedece a razones de seguridad jurídica y búsqueda de una mayor transparencia en el ejercicio de las funciones de supervisión, de eficiencia y de aprovechamiento de las economías de escala. Desde el primero de los aspectos mencionados, la Ley pretende eliminar la confluencia de varios reguladores sobre una misma actividad y el riesgo a ello asociado de decisiones contradictorias. Al tiempo, considera que la supresión de organismos multisectoriales de control disminuye las posibilidades de captura del regulador e incrementa la garantía

de independencia en la adopción de decisiones. Por otro lado, la Ley pretende aprovechar la experiencia de otros países de nuestro entorno en los que la mejora del acceso a las informaciones relevantes de los reguladores de cada sector proporcionada por una estructura de control unificada redundaba a favor de una mejora de la competencia. Finalmente, la Ley alude al aprovechamiento de las economías de escala en épocas de austeridad y crisis económica, y al ahorro que supone la integración en una estructura única del organismo regulador de los mercados.

La CNCM presenta una estructura propia de un superregulador o supervisor de mercados, tanto con carácter general como sectorial. A lo largo de los artículos 5 a 12 de la Ley se atribuyen a la CNMC las competencias sustantivas de promoción y salvaguarda de la competencia en el mercado que en su día reconociera la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia a la CNC (entre otras, el control de las concentraciones económicas de dimensión nacional, la represión de conductas prohibidas por los artículos 1 a 3 de la LDC o la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE), así como las funciones de supervisión y control reconocidas a los distintos – y también extintos– órganos reguladores sectoriales (y, entre ellas, las más específicas de dictar normas para los operadores sectoriales y de resolución vinculante de conflictos planteados en los distintos sectores regulados en los supuestos ahora recogidos en el artículo 12 de la Ley 3/2013). El mantenimiento de las funciones anteriores y su atribución al organismo de la CNMC confirma que la reforma operada por la Ley 3/2013 tiene un alcance (re)organizativo de las estructuras orgánicas de aplicación de las normas sustantivas de competencia. Por eso, no parece afortunada la previsión del artículo 1.2 de la Ley que atribuye a la CNMC la finalidad de garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos «en beneficio de los consumidores y usuarios». En efecto, el Derecho de la Competencia, cuya aplicación corresponde ahora a la CNMC, nunca ha tenido –ni tiene a partir de ahora– como finalidad directa la de buscar el beneficio de los consumidores y usuarios. Más bien persigue la protección de un interés general y público en el correcto funcionamiento competitivo del mercado, a partir de cuya tutela quedan, eso sí, indirectamente protegidos los intereses de todos los que en aquél participan (consumidores, usuarios y operadores económicos).

En la cúpula de la estructura orgánica de la CNMC el art. 13 de la Ley sitúa al Consejo y a su Presidente –que también preside la CNMC–. El Consejo es un órgano de funcionamiento colegiado que actúa en Pleno o en Salas. El Consejo consta de una Sala dedicada a temas de competencia y otra a supervisión regulatoria (artículo 18.1). Las Resoluciones del Consejo (actuando en Pleno o en Salas) agotan la vía administrativa, siendo sólo susceptibles de recurso ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo (artículo 36.2). De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 14 a 26 de la Ley, el Consejo está formado por 10 miembros nombrados por seis años y sin posibilidad de renovación, mientras que cada una de sus Salas está integrada por cinco

miembros. El nombramiento de los miembros del Consejo corresponde al Gobierno a propuesta del Ministro de Economía, aunque el Congreso puede vetar ese nombramiento por acuerdo adoptado por mayoría absoluta de la Comisión competente del Congreso. Es de esperar que el respeto al perfil requerido para el correcto desempeño del cargo (personas de reconocido prestigio y competencia profesional, según reza el artículo 15.1) sean atributos efectivamente concurrentes en los miembros propuestos que hagan innecesario activar la posibilidad de veto, conjurando así el riesgo de bloqueo de la regular renovación de los integrantes del órgano.

La necesaria especialización requerida para el óptimo desempeño de la compleja labor de vigilancia de los mercados trata de conseguirse a partir del establecimiento de cuatro Direcciones de Instrucción referidas respectivamente a Competencia, Telecomunicaciones y Sector Audiovisual, Energía y Transportes y Sector Postal (artículo 25 de la Ley). Las Direcciones ejercen funciones de instrucción de expedientes con independencia del Consejo y desarrollan además otras funciones previstas en la Ley, propias o por delegación del Consejo.

Debe destacarse, por último, la previsión contenida en las *Disposiciones adicionales séptima a undécima* de la Ley 3/2013 de la atribución (en muchos casos, recuperación) de determinadas competencias a los distintos Ministerios afectados por los sectores regulados. Esta distribución competencial entre los diferentes departamentos ministeriales y la CNMC va a requerir, sin duda, un esfuerzo sostenido de coordinación entre los distintos Ministerios afectados y la CNMC. Se trata de competencias que se califican de puramente administrativas para cuyo desempeño no se requiere garantía de independencia, o que resultan de escasa relevancia para el correcto desempeño de las funciones de la CNMC.

Ahora bien, sucede que algunas de las competencias atribuidas a los diferentes departamentos ministeriales no se muestran precisamente como meros trámites administrativos, ni resultan irrelevantes para el desempeño de las funciones de la CNMC. Este es el caso, por ejemplo, de las decisiones que competen al Ministerio de Industria, Energía y Turismo sobre cuestiones o incidentes que afecten al ejercicio de los títulos habilitantes de servicios de comunicación audiovisual [*Disp. Adic. 7.<sup>a</sup> c*]), o de la atribución al mismo Ministerio del conocimiento de las operaciones para la toma de participaciones en empresas que desarrollen actividades reguladas en el sector eléctrico, del gas o de los hidrocarburos y, en su caso, la atribución de la potestad de imponer a dichas empresas condiciones en el desarrollo de su actividad cuando se aprecie una amenaza real y grave para la garantía de los suministros (*Disp. Adic. 9.<sup>a</sup>*). La relevancia de estas competencias parece evidente. Más teniendo en cuenta que su ejercicio incluye la adopción de decisiones relativas al ejercicio de la actividad que bien pueden afectar al funcionamiento del sector. Se impone, por ello, la necesidad de revisar y depurar esta generosa «lista» de atribuciones ministeriales para reconocer a la CNMC todas las competencias de trascendencia sustantiva que sean necesarias para

cumplir eficazmente la función que le encomienda la Ley, consistente en garantizar el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos.

PILAR MARTÍN ARESTI  
*Profesora Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Salamanca*  
[pimar@usal.es](mailto:pimar@usal.es)

## Crónica Normativa de Banca y del Mercado de Valores

Durante el primer semestre de 2013 la normativa del sector financiero ha resultado ser especialmente prolija en materia bancaria y del mercado de valores, tanto en el ámbito del derecho de la Unión Europea como en el ámbito interno, especialmente en este último. Hemos querido por ello realizar una crónica general en que se recogiera toda esa normativa, aun cuando sin comentar dichas disposiciones. El valor añadido de esta crónica es su exposición sistemática y el acceso directo a los textos mediante sus respectivos enlaces a los diarios y boletines oficiales.

Se comienza con el Derecho de la Unión Europea, y a continuación se recoge el derecho interno español, con dos apartados iniciales dedicados a las legislaciones estatal y autonómica, donde se da cuenta de las leyes, decretos y órdenes ministeriales de cada respectivo ámbito. Seguidamente se recogen las disposiciones emitidas por las entidades públicas principales del mercado del crédito y del mercado de valores, el Banco de España y la CNMV. También ha querido recogerse en esta crónica las distintas resoluciones dictadas por la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), por la que se han venido acordando acciones de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución de diversos planes de reestructuración de ciertas entidades de crédito, así como una Resolución de la Dirección General del mismo Fondo. Para finalizar, se ha considerado de interés un apartado que recogiera algunas otras disposiciones que tienen alguna incidencia en el sector financiero.

### 1. Derecho de la Unión Europea

[Reglamento \(UE\) n.º 462/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, por el que se modifica el Reglamento \(CE\) n.º 1060/2009 sobre las agencias de calificación crediticia \(DOUE L 146, de 31-V-2013\).](#)

[Reglamento \(UE\) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento \(UE\) n.º 648/2012 \(DOUE L 176 de 27-VI-2013\).](#)

[Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE \(DOUE L 176 de 27-VI-2013\).](#)

### 2. Legislación estatal

[Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social \(BOE n.º 116, de 15-V-2013\) \(corrección de errores, BOE n.º 123, de 23-V-2013\).](#)

[Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero \(BOE n.º 71, de 23-III-2013\) \(corrección de errores BOE n.º 81, de 4-IV-2013\) \(Acuerdo de convalidación: BOE n.º 92, de 17-IV-2013\).](#)

[Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y de los titulares de funciones clave \(BOE n.º 89, de 13-IV-2013\).](#)

[Orden ECC/159/2013, de 6 de febrero, por la que se modifica la parte II del anexo I de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo \(BOE n.º 34, de 8-II-2013\).](#)

[Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores \(BOE n.º 71, de 23-III-2013\).](#)

[Orden ECC/747/2013, de 25 de abril, por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos \(BOE n.º 108, de 6-V-2013\).](#)

### **3. Legislación autonómica**

[Ley 4/2012, de 15 de junio, de modificación de la Ley 3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia \(BOE n.º 43, de 19-II-2013\).](#)

[Decreto-Ley 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito. Cataluña \(BOE n.º 49, de 26-II-2013\).](#)

### **4. Banco de España**

[Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros \(BOE n.º 130, de 31-V-2013\) \(corrección de errores, BOE n.º 136, de 7-VI-2013\).](#)

[Resolución de 18 de junio de 2013, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, por la que se crea el registro electrónico del Banco de España \(BOE n.º 150, de 24-VI-2013\).](#)

### **5. Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)**

[Circular 1/2013, de 30 de enero, de la CNMV, sobre comunicación de informaciones relativas a empresas de servicios de inversión y sus sociedades dominantes y a sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva \(BOE n.º 43, de 19-II-2013\).](#)

Circular 2/2013, de 9 de mayo, de la CNMV, sobre el documento con los datos fundamentales para el inversor y el folleto de las instituciones de inversión colectiva (BOE n.º 124, de 24-V-2013) (corrección de errores, BOE n.º 133, de 4-VI-2013).

Circular 3/2013, de 12 de junio, de la CNMV, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros (BOE n.º 146, de 19-VI-2013).

Circular 4/2013, de 12 de junio, de la CNMV, que establece los modelos de informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas y de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control de las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (BOE n.º 150, de 24-VI-2013).

Circular 5/2013, de 12 de junio, de la CNMV, que establece los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (BOE n.º 150, de 24-VI-2013).

## **6. Comisión Rectora y Dirección General del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)**

Resolución de 11 de febrero de 2013, de la Comisión Rectora del FROB, por la que se acuerda implementar acciones de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada, en ejecución del Plan de Resolución de la Entidad Banco de Valencia (BOE n.º 37, de 12-II-2013).

Resolución de 16 de abril de 2013, de la Comisión Rectora del FROB, por la que se acuerdan acciones de recapitalización y de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Reestructuración de Grupo BFA-Bankia, aprobado el 27 de noviembre de 2012 por el FROB y el Banco de España y el 28 de noviembre de 2012 por la Comisión Europea (BOE n.º 93, de 18-IV-2013).

Resolución de 24 de abril de 2013, de la Comisión Rectora del FROB, por la que se acuerda la emisión por Banco CEISS de instrumentos convertibles en acciones ordinarias de la entidad, en ejecución del Plan de Resolución aprobado el 19 de diciembre de 2012 por el FROB y el Banco de España y el 20 de diciembre de 2012 por la Comisión Europea (BOE n.º 100, de 26-IV-2013).

Resolución de 16 de mayo de 2013, de la Comisión Rectora del FROB, por la que se acuerdan acciones de recapitalización y de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Resolución del Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, SA (BOE n.º 119, de 18-V-2013).

Resolución de 27 de mayo de 2013, de la Comisión Rectora del FROB, por la que se acuerda implementar acciones de gestión de híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del Plan de Reestructuración Banco Mare Nostrum (BOE n.º 129, de 30-V-2013).

Resolución de 30 de mayo de 2013, de la Dirección General del FROB, por la que se emplaza a los interesados en el procedimiento ordinario 89/2013, promovido por la Plataforma de Afectados del Banco de Valencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sección sexta (BOE n.º 137, de 8-VI-2013).

Resolución de 27 de junio de 2013, de la Comisión Rectora del FROB, por la que se acuerdan acciones de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Reestructuración de Banco Grupo Cajatres (BOE n.º 155, de 29-VI-2013).

## **7. Otras disposiciones con incidencia en el sector financiero**

Corrección de erratas del Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012 (BOE n.º 44, de 20-II-2013).

Resolución de 1 de marzo de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias (BOE n.º 58, de 8-III-2013) (corrección de errores, BOE 26 de abril).

Resolución de 6 de mayo de 2013, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se modifica la de 17 de julio de 2001, por la que se dictan instrucciones para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito (BOE n.º 118, de 17-V-2013) (corrección de errores, BOE n.º 140, de 12-VI-2013).

Resolución de 21 de mayo de 2013, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se nombran los miembros de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo (BOE n.º 123, de 23-V-2013).

Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, por el que se crea una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo (BOE n.º 123, de 23-V-2013).

Orden HAP/1057/2013, de 10 de junio, por la que se determina la forma, el alcance y efectos del procedimiento de autorización de la masa salarial regulado en el artículo 27.tres de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, para las sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal y consorcios participados mayoritariamente por las administraciones y organismos que integran el sector público estatal (BOE n.º 140, de 12-VI-2013).

JOSÉ LUIS SÁNCHEZ BARRIOS  
*Profesor Titular E. U. de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Salamanca*  
[jsaba@usal.es](mailto:jsaba@usal.es)

### Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita [BOE n.º 47, de 2-II-2013]

#### **Tasas judiciales y Asistencia jurídica gratuita**

Sólo tres meses después de la entrada en vigor de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, el Gobierno apreció extraordinaria y urgente necesidad de reformar dicha Ley a fin de evitar, según indica la Exposición del Motivos del Real Decreto-Ley 3/2013, que pudieran llegar a darse «casos concretos e individualizados» en los que la cuantía de la tasa resultara excesiva. Con tal propósito, el Real Decreto-Ley 3/2013, además de efectuar, en una clara muestra de mala técnica normativa, otras modificaciones ajenas a las tasas judiciales y a la justicia gratuita y correspondientes a la destrucción de efectos judiciales, cuotas de derechos pasivos y de las mutualidades de funcionarios, Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, arrendamientos urbanos en relación con las medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, prórroga de las medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y aclaración de la naturaleza de las operaciones realizadas por la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, incorpora varias exenciones, una escala con tipo reducido para las personas naturales y algunas limitaciones respecto de las tasas judiciales, y reforma la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, ampliando su ámbito de cobertura.

Sorprende que el Real Decreto-Ley se justifique con los efectos de la aplicación de la Ley 10/2012, cuando las consecuencias previsibles ya se habían advertido desde múltiples ámbitos (forense, académico, etc.) mucho antes de la entrada en vigor de la Ley. Asimismo, también resulta llamativo que se apunte, si bien en línea con las Recomendaciones de la Defensora del Pueblo, a posibles excesos en casos concretos e individualizados, puntuales en suma, para fundamentar una reforma de calado, que afecta a no pocos supuestos de hecho. Y, finalmente, no deja de ser igualmente extraño que se señale la problemática ocasionada por la desacompasada tramitación de la nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, ya que la elaboración y aprobación de la Ley 10/2012 se caracterizó por su expeditividad, justificada precisamente por la necesidad de allegar recursos para la aplicación de una Ley que, en buena lógica, debería haber sido anterior a la Ley 10/2012, o cuando menos simultánea en su entrada en vigor. En este sentido, cabe destacar que la supuesta adaptación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita a la Ley 10/2012 no ha supuesto mayor esfuerzo al Gobierno que el

de aprobación de un Decreto-Ley, lo que hace pensar que también podría haberse actuado de este modo antes de aprobar y aplicar la Ley 10/2012.

En realidad, los motivos determinantes de la reforma parecen haber sido por un lado y como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, atender, en parte, el criterio de la Defensora del Pueblo, que está en la base de la reforma de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y de no pocas modificaciones de la Ley 10/2012, y por otro el eco mediático de determinados ejemplos argüidos para poner de manifiesto los efectos nocivos del nuevo régimen de tasas, aparentemente subsanados con diversos «parches» como los de los artículos 7.1 de la Ley 10/2012 (límite de la tasa en caso de impugnación de resoluciones sancionadoras en el ámbito contencioso-administrativo, también incluido en las Recomendaciones de la Defensora del Pueblo) y 2.h) de la Ley 1/1996 (asistencia jurídica gratuita a las víctimas de accidentes cuyas secuelas les impidan la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y que requieran la ayuda de otras personas para las actividades más esenciales de la vida diaria).

Ya en lo tocante a las previsiones concretas, cabe destacar que no todas las modificaciones tienden a reducir el ámbito de aplicación de las tasas, ya que la sustitución de la referencia en el artículo 2.c) de la Ley 10/2012 a la demanda en el orden contencioso por la alusión al recurso contencioso-administrativo (que en el procedimiento ordinario no contiene la pretensión), así como la inclusión de la mención al «escrito ejercitando el acto procesal», en lugar de a la demanda, en el artículo 3.1, párrafo segundo, pretenden cerrar la puerta a interpretaciones más restrictivas de las actuaciones sujetas a la tasa.

En lo tocante a las exenciones (artículo 4), una (la de la demanda de ejecución de laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo) responde a la Recomendación de la Defensora del Pueblo, aunque con un alcance más limitado, ya que no se extiende a la ejecución de cualquier laudo, sino sólo a los dictados por las referidas Juntas Arbitrales; otra (las acciones que, en interés de la masa del concurso y previa autorización del Juez de lo Mercantil, se interpongan por los administradores concursales), cabe concluir que obedece a la finalidad de dichas acciones, que se ejercitan en beneficio del concurso, y no de uno o más sujetos en particular; y las otras dos (procedimientos de separación y divorcio por mutuo acuerdo y división de patrimonios sin oposición o controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes), a la ausencia de auténtica contradicción entre las partes. En todos los casos se trata de motivos justificados.

La exención del 60% en los recursos de apelación y casación interpuestos por funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios viene a equiparar, en lo relativo a los recursos, a los funcionarios públicos con los trabajadores en el orden social (que gozan de una exención idéntica en los recursos de suplicación y casación, de acuerdo con el artículo 4.3), respecto de los cuales, sin embargo, se desatiende

la Recomendación de la Defensora del Pueblo de que se eximiera al orden social del pago de tasas en tales recursos. Las razones argüidas en la Recomendación para tal exención (empeoramiento de las condiciones laborales y destrucción de empleo), si bien también son predicables de la situación de los funcionarios, no lo son en el mismo grado que de los trabajadores, del sector público o privado, de modo que la exención del 60% es razonable en el caso de los funcionarios, pero supone un agravio, al equipararse a la de los trabajadores, en relación con los cuales lo adecuado sería haber atendido la Recomendación de la Defensora del Pueblo.

Se fija como cuantía máxima de la tasa, en el caso de impugnación de resoluciones sancionadoras, el 50% de la sanción económica impuesta (párrafo incorporado al artículo 7.1 de la Ley 10/2012). Se trata de una modificación que viene a satisfacer en parte la Recomendación al respecto de la Defensora del Pueblo, que aboga por suprimir la tasa en tal supuesto, y a responder a las críticas realizadas por la paradójica situación que planteaba el hecho de que en supuestos como el de los sancionadores resultara en ocasiones más elevada la cuantía de la tasa que la sanción. El Gobierno sale al paso de ambas argumentaciones con una solución que, si bien resuelve la anomalía indicada, no deja de presentarse como una respuesta puntual que, por un lado, no impide que escenarios como el expuesto se presenten en otros múltiples ámbitos (responsabilidad patrimonial, liquidaciones tributarias, subvenciones, etc.) cuya trascendencia para el ciudadano no es inferior a la de las sanciones, y, por otro, reduce el efecto disuasorio de la tasa (apuntado en la Exposición de Motivos de la Ley 10/2012) justamente en un campo de actuación administrativo, el sancionador, en que las reformas han ido en línea de desincentivar la impugnación administrativa o contencioso-administrativa, como se comprueba en las reducciones de las sanciones tributarias o en materia de tráfico, de no interponer recurso.

También en atención a la Recomendación de la Defensora del Pueblo se establece un tipo más reducido para las personas físicas, con un límite de cuota variable de 2.000 euros (apartado tercero del artículo 7, de nueva incorporación). No se modifican las cantidades fijas, ya gravosas en primera instancia (aún más en un orden jurisdiccional tan sensible como es el contencioso-administrativo), y proporcionalmente todavía más en lo relativo a los recursos (hasta el punto de que una de las Recomendaciones, desatendida, era moderar las tasas en este ámbito), lo que, unido a la ausencia de cualquier exención motivada por la capacidad económica (en lo que exceda del derecho a la justicia gratuita), que el Defensor del Pueblo reclamó para las personas jurídicas, no así para las naturales, conlleva que aún se trate de unas tasas calificables de excesivas, como de hecho lo han sido en los diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos y en la reciente cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. En cuanto a la variable, la moderación introducida reduce el impedimento para las personas físicas, pero sigue atendiendo a una base imponible (la cuantía del procedimiento) que no guarda

relación con el coste del servicio, que es el hecho imponible (el ejercicio de la potestad jurisdiccional).

En cuanto a la autoliquidación y pago, se mejora la redacción del apartado segundo del artículo octavo, con fijación de plazo para la subsanación, ausente en la redacción anterior. La devolución del 60% (apartado quinto del artículo 8) en caso de solución extrajudicial del litigio se sustituye por la procedente en supuestos de allanamiento total, acuerdo finalizador del litigio y reconocimiento en vía administrativa de las pretensiones del demandante. En realidad, se concreta la materialización procesal de las soluciones extrajudiciales y se amplía a los supuestos de reconocimiento por el demandado de las pretensiones del actor. Esta devolución no impide que se siga penalizando la vía judicial, ya que, en supuestos de terminación consensual se «castiga» el que el acuerdo se haya logrado una vez iniciado el proceso y no antes, y en el caso del allanamiento, que en la redacción actual al menos conlleva una devolución parcial de la cuantía de la tasa, la situación que se plantea al actor tiene difícil justificación. El allanamiento ciertamente puede suponer la articulación procesal de un acuerdo extrajudicial, pero también puede responder a que, ante la amenaza de una sentencia desfavorable con imposición de costas, el demandado haya optado por reconocer la pretensión del actor, lo que, en el caso de la Administración, no siempre vendrá precedido por el silencio administrativo, que al menos exonera de la tasa (artículo 4.1.f) de la Ley 10/2012). Así, la persona a la que se reclama puede sentirse tentada de desatender la justa petición del reclamante, sabedora de que este se encontrará con un impedimento añadido (la tasa) a la hora de acudir a la vía judicial, y el reclamante, aun de haber acudido a la vía judicial y ver totalmente reconocida su pretensión en virtud del allanamiento, se encontrará con un coste (el 40% de la tasa, que no se devuelve) que en la práctica totalidad de los casos no podrá repercutir al demandado a través de las costas.

Finalmente, por lo que respecta a la reforma de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, destacamos el influjo de los supuestos argüidos para demostrar los efectos indeseables del nuevo régimen de tasas en la previsión relativa a los accidentados, que, además de la dificultad de interpretar el alcance del término «accidente», genera un agravio comparativo con quienes, con recursos para accionar, y habiendo padecido daños semejantes, no han sido perjudicados por accidente (baste pensar en los causados por dolo o enfermedad) y, además, se constriñe el objeto de las acciones que, pueden fundamentar el derecho a la asistencia jurídica gratuita a determinados tipos de daños.

En cuanto a los requisitos básicos, la utilización de los ingresos «brutos» como magnitud y la no exigencia de actualización anual del IPREM pallian los efectos beneficiosos asociados al empleo de umbrales y, como señaló el Consejo General del Poder Judicial en su dictamen al Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, es dudoso (nosotros diremos que rechazable) que compense las cuantías de las tasas

judiciales. La situación que se mantiene es la de un acceso a la jurisdicción y recursos altamente dificultado para quienes integran el sector mayoritario de la población, esto es, los ciudadanos cuyos recursos les impiden disfrutar de la asistencia jurídica gratuita pero, al mismo tiempo, no son tan elevados como para que el pago de las tasas no les suponga un quebranto económico que les haga cuestionarse o renunciar al ejercicio de acciones.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ LÓPEZ  
*Letrado I. de la Junta de Castilla y León*  
*Profesor Colaborador H. de Derecho Procesal.*  
*Universidad de Burgos*

**Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [BOE n.º 155, de 29-VI-2013]**

**Reforma del Consejo General del Poder Judicial**

Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, que ahora comentamos, lleva a cabo una profunda modificación de este órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial.

En 1978, el artículo 122 de nuestra Constitución reguló la composición y forma de elección de los miembros del CGPJ y remitió a una futura ley orgánica desarrollar estas cuestiones y lo referente al estatuto y régimen de incompatibilidades de sus miembros y a sus funciones, lo que desarrolló primeramente la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del CGPJ, y posteriormente la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en el Título II del Libro II.

Por lo tanto, el marco de actuación en el que se debe desarrollar cualquier reforma del Consejo tiene que ser el artículo 122 de la Constitución, de tal forma que en él se encuentran los parámetros que se deben respetar a la hora de diseñar cualquier modelo de CGPJ.

Las reformas sobre el CGPJ han sido variadas y de diferente calado. En la actualidad se estaba demandando una reforma profunda de este órgano que pudiera acabar con sus problemas de estructura y funcionamiento.

En primer lugar, en cuanto a las atribuciones del CGPJ, la Ley Orgánica 4/2013 no cambia mucho las cosas. La razón de ser de la creación del CGPJ por nuestra Constitución fue la de que éste garantizara la independencia del Poder Judicial, y para ello se sustraían al Gobierno diversas competencias en relación con la carrera de Jueces y Magistrados. Por lo tanto, el CGPJ debía ejercer las atribuciones que le encomienda el artículo 122.2 de la Constitución –«en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario»– y aquellas otras que estén íntimamente ligadas a ellas.

A este respecto pueden destacarse tres novedades: por un lado, que toda la actividad internacional del Consejo habrá de ser coordinada con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Por otro lado, se insiste en que la potestad reglamentaria del CGPJ se debe referir, con carácter general, al ámbito interno. Sólo de manera excepcional se reconoce una potestad reglamentaria ad extra en algunos aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Y en tercer y último lugar, en cuanto a la potestad presupuestaria del CGPJ, éste elabora su propio presupuesto, que se integra como una sección independiente dentro de los Presupuestos Generales del Estado, y también ejecuta su propio gasto. Tras la actual reforma se establece que, en el primer presupuesto del CGPJ elaborado tras la entrada en vigor de la L.O. 4/2013, se justifiquen ex novo todas las necesidades económicas de la institución.

Aspecto trascendental de esta reforma es el de la elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial. Se ha querido diseñar un sistema de elección que garantizara la máxima participación posible de todos los Jueces y Magistrados, estén o no asociados, pero atribuyendo al Congreso y al Senado la responsabilidad de la designación de estos Vocales.

La cuestión referente a la forma de elección de estos miembros fue y sigue siendo objeto de grandes y encendidas discusiones. La pretendida ambigüedad en la redacción del art. 122 de nuestra Carta Magna fue la excusa. Existe una gran diferencia entre el nombramiento de sus miembros por los propios Jueces y Magistrados, o por éstos y en parte también por el Congreso y el Senado, y cuando lo son por las Cámaras en su totalidad (lo que no parece –en este último caso– estar muy de acuerdo con lo expresado en la Constitución).

El primer desarrollo legal de las disposiciones constitucionales se realizó por la L.O. 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, que entendió sin problema que la Constitución marcaba que los doce vocales de procedencia judicial serían elegidos por los propios Jueces y Magistrados y los juristas de reconocida competencia por el Congreso y el Senado. Esta Ley, a pesar de algunas críticas, determinó el carácter electivo de los miembros de procedencia judicial mediante un sistema electoral mayoritario entre todos los jueces y magistrados que se encontraban en servicio activo.

Pocos años más tarde la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificó la forma de elección de los miembros del CGPJ, que pasaron a ser elegidos todos por ambas Cámaras: diez por el Congreso y diez por el Senado, lo que fue considerado, por muchos, un hecho grave, pudiendo atentar contra la independencia y el autogobierno judicial. La gran polémica sobre la constitucionalidad de esta fórmula se trasladó al Tribunal Constitucional, pero éste, en su sentencia n.º 108/1986, de 29 de julio, interpretó que la forma de elección de los vocales del Consejo no era contraria a la Constitución, aunque recomendó al legislador su cambio, lo que no deja de ser significativo.

La L.O. 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial, modificó la LOPJ instaurando un nuevo procedimiento de designación de los Vocales del CGPJ, y, concretamente, de los doce que habían de ser propuestos entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales. Dichos miembros son propuestos para su nombramiento por el Rey de acuerdo con un procedimiento complejo que puede resumirse indicando que son los propios Jueces y Magistrados los que designan a treinta y seis candidatos, como máximo, y con posterioridad las Cámaras son las que de entre ellos eligen a los doce miembros de procedencia judicial (seis el Congreso y seis el Senado). Esta fórmula parece más acertada que la anterior, pero no ha acabado con los riesgos de politización del CGPJ.

La L.O. 4/2013 articula el nuevo sistema de elección sobre tres premisas básicas, como se indica en su propio Preámbulo. En primer lugar, la designación de los

vocales con arreglo a exclusivos criterios de mérito y capacidad de los candidatos. En segundo, se abre la posibilidad de ser designados como vocales la totalidad de los miembros de la carrera judicial que cuenten con un número mínimo de avales de otros Jueces y Magistrados o de alguna asociación. Y, finalmente, se toma en cuenta la proporción real de Jueces y Magistrados asociados y no asociados.

Otra de las cuestiones importantes que se abordan en esta reforma es la eliminación de situaciones de bloqueo en la constitución del Consejo General del Poder Judicial. Hasta ahora se permitía que la falta de renovación del CGPJ cuando finalizara su mandato diera lugar a una prórroga, que podía extenderse bastante tiempo. Ahora se establece que la prórroga del Consejo no sea posible, salvo en el supuesto muy excepcional de que ninguna de las Cámaras cumpliera el mandato de designación.

Por otra parte, cambiando lo que venía siendo habitual, ahora se dispone el ejercicio a tiempo parcial del cargo de vocal. Con excepción de los que formen parte de la Comisión Permanente –que se renovará anualmente, permitiendo que todos los vocales, con excepción de los que integren la Comisión Disciplinaria, puedan llegar a formar parte de la misma–, los vocales ejercerán su cargo compaginándolo con la función jurisdiccional si son vocales de origen judicial, o con su profesión si fueron elegidos por el turno de juristas de reconocida competencia.

También, en materia de organización y funcionamiento del CGPJ, se prevé un nuevo reparto de competencias entre los órganos del mismo. Así, se suprime la Comisión de Calificación; además, con la excepción del régimen disciplinario, las atribuciones referidas al funcionamiento del CGPJ quedan, principalmente, en manos de la Comisión Permanente y el Pleno. El Pleno conocerá de las cuestiones más relevantes, pero deja de conocer en alzada, con carácter general, sobre los acuerdos de la Comisión Permanente. Otra novedad es que el presidente del Tribunal Supremo se verá auxiliado y, en su caso, sustituido por la figura del vicepresidente del Tribunal Supremo, que será elegido por el Pleno del CGPJ a partir de una propuesta del presidente.

Igualmente se establece que, dentro del Cuerpo de Letrados del Consejo, un número determinado tenga carácter permanente, siendo seleccionados mediante concurso-oposición que garantice los principios de mérito y capacidad.

La última novedad en esta materia, para evitar bloqueos en la toma de decisiones, es que éstas, salvo que la Ley Orgánica específicamente exija otra cosa, se tomarán por mayoría simple.

Por último, nos referimos a una de las mayores innovaciones recogidas en la L.O. 4/2013: la transformación de la Comisión Disciplinaria, a fin de evitar un procedimiento disciplinario inquisitivo: no debe ser un mismo órgano quien decida la incoación del procedimiento, designe al instructor y finalmente sancione o no. Así aparece una nueva figura: el Promotor de la Acción Disciplinaria, que será un miembro experimentado de la carrera judicial, que asuma la tarea de investigar las infracciones y sostener la acusación. Su inactividad puede ser corregida por la Comisión Permanente.

La Comisión Disciplinaria se limita a juzgar los procedimientos disciplinarios por infracciones graves y muy graves, así como a imponer las sanciones pertinentes. En algunos casos la Comisión Disciplinaria agota la vía administrativa, por lo que contra sus acuerdos no cabe la alzada ante el Pleno. La composición de la Comisión Disciplinaria –que debería estar servida por las mismas personas a lo largo de los cinco años de cada Consejo, para profesionalizar el órgano– refleja la proporción del Pleno.

Para evitar posibles confusiones derivadas de la duplicación en la numeración de artículos con contenido distinto a lo largo del tiempo, así como para dar una nueva estructura sistemática a la regulación del Consejo General del Poder Judicial, la L.O. 4/2013 ha optado por introducir un nuevo Libro VIII en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en lugar de modificar los artículos anteriormente dedicados a la materia. Y es importante tener en cuenta las numerosas disposiciones transitorias de la L.O. 4/2013, que van marcando la puesta en marcha de cada una de las reformas introducidas.

Se aprovecha también esta L.O. para modificar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS  
*Profesora Titular de Derecho Procesal*  
*Universidad de Salamanca*  
[misaba@usal.es](mailto:misaba@usal.es)

### Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo [BOE n.º 179, de 27-VII-2013]

#### **Medidas de desarrollo de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013/2016**

El persistente deterioro de la situación del mercado de trabajo español y sobre todo la continua escalada del desempleo han motivado la aprobación de una nueva batería de medidas de estímulo del fomento del empleo centrada en los jóvenes menores de 30 años y articulada en torno a la denominada «Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016». Dicha Estrategia constituye un programa de acción a corto y medio plazo consensuado con los interlocutores sociales dirigido a aumentar las oportunidades de acceso y permanencia de los jóvenes en el empleo y elaborado en línea con las recomendaciones de la Unión Europea en materia de fomento del empleo juvenil. El Título I de la [Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo](#) [BOE n.º 179, de 27-VII-2013], se dedica precisamente a desarrollar las medidas contenidas en este instrumento. A ellas se dedica este comentario, orillando los restantes contenidos de la Ley que tienen que ver con problemas más generales de la economía española, como el de la financiación de las empresas o con la regulación de determinados sectores productivos.

Antes de entrar en el análisis de dichas medidas conviene tener en cuenta que según la Encuesta de Población Activa correspondiente al segundo trimestre de 2013 [<http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0213.pdf> (consulta realizada el 10 de septiembre de 2012)] la tasa de paro es del 26,26%; la tasa de paro juvenil –menores de 25 años– se situaba a finales de 2012 en el 55,13%.

#### **Incentivos al establecimiento como trabajador autónomo**

La primera línea de actuación de la Estrategia consiste en el apoyo y promoción del trabajo autónomo de los jóvenes. Así, se incentiva el establecimiento de los jóvenes menores de 30 años –35 si se trata de mujeres– como trabajadores autónomos a través de la reducción y bonificación de las cuotas a la Seguridad Social: reducción durante los primeros 15 meses del 30 por 100 de la cuota aplicada sobre la base mínima de cotización y una bonificación durante los 15 meses siguientes a la finalización del periodo de reducción. Alternativamente a este sistema se prevén una serie de reducciones y bonificaciones con el objetivo de aligerar en un primer momento del ejercicio de su actividad autónoma la carga que suponen las cotizaciones sociales.

## **Compatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia**

El abono de la prestación por desempleo en un único pago se vincula a la consecución de un objetivo de política de empleo, esto es, se concibe como medida encaminada a facilitar el autoempleo de los trabajadores desempleados facilitando la realización de un trabajo autónomo o su incorporación a cooperativas de trabajo asociado o sociedades laborales. La Ley 11//2013 extiende este esquema a los jóvenes menores de 30 años cuando capitalicen la prestación para constituir o incorporarse a una sociedad mercantil, siempre que desarrollen una actividad profesional o laboral de carácter indefinido respecto a la misma.

## **Ampliación del periodo de suspensión de la prestación por desempleo por la realización de un trabajo por cuenta propia**

Con carácter general la percepción de la prestación por desempleo se suspende mientras el titular del derecho realiza un trabajo por cuenta ajena por tiempo superior a doce meses o un trabajo por cuenta propia por tiempo inferior a veinticuatro. Lo cierto es que en ocasiones veinticuatro meses es un periodo de tiempo demasiado corto para comprobar si la actividad iniciada por cuenta propia se consolida y tiene perspectivas de futuro o no. Para sortear este problema y, por tanto, dar una mayor seguridad económica al joven emprendedor, se aumenta de 24 a 60 meses el periodo durante el cual la percepción de la prestación queda en suspenso por la realización de un trabajo por cuenta propia [nueva redacción del artículo 212.1 letra d) LGSS].

## **La contratación de jóvenes a tiempo parcial con vinculación formativa**

Con el objetivo de fomentar el empleo juvenil y de colmar el déficit de cualificación que tienen actualmente muchos jóvenes desempleados, se prevén incentivos económicos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa de jóvenes desempleados menores de 30 años. Conviene recordar a estos efectos que España tiene una tasa de abandono escolar de las más elevadas de la Unión Europea –el 29 por 100 frente a una medida del 14 por 100 en la Unión–. A nivel europeo se constata precisamente que los jóvenes que abandonan los estudios a una edad temprana constituyen el subgrupo más vulnerable de la fuerza de trabajo juvenil en Europa. El porcentaje de jóvenes que no estudian ni trabajan continúa incrementándose, sobre todo en los países que ya partían de niveles altos, como es el caso de España [el porcentaje saltó del 13,8 por 100 en 2007 al 22,4 en 2010, descendiendo al 19 por 100 en 2011], lo que exige la adopción de medidas «de excepción» para dotar a este colectivo de una mínima cualificación profesional y fomentar su inserción laboral, de forma que se reduzca el riesgo de exclusión social al que se ven abocados muchos jóvenes que se encuentran en esta situación. El legislador ha optado en este caso por fomentar la inserción laboral combinando trabajo a tiempo parcial y formación, si bien fuera de los

esquemas conocidos de la alternancia, pues la formación no tiene que estar vinculada necesariamente a la actividad laboral objeto del contrato y tampoco tiene que impartirse de forma simultánea a la realización del trabajo.

El incentivo consiste en una reducción, durante doce meses prorrogables por otros doce si el trabajador continúa con la formación o la ha cursado en los seis meses previos, de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 100 por 100 en el caso de empresas de menos de 250 trabajadores y del 75 por 100 en el resto. El trabajador contratado, además del requisito de edad, debe cumplir con alguno de los tres requisitos siguientes: carecer de experiencia laboral o tener una experiencia inferior a tres meses, proceder de otro sector de actividad (al propio de la empresa), ser desempleado y estar inscrito como demandante de empleo durante al menos doce meses en los dieciocho anteriores a la contratación.

El contrato de trabajo puede ser por tiempo indefinido o de duración determinada. El incentivo a la contratación se justifica por la vinculación entre el trabajo a tiempo parcial –la jornada de trabajo no puede ser superior al 50 por 100 de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable– y la formación, que puede ser simultánea al trabajo o haberse cursado en los seis meses previos a la celebración del contrato. La formación, que no tiene que estar vinculada al puesto de trabajo, puede consistir en una formación oficial acreditable o promovida por los Servicios Públicos de Empleo, o en una formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación con una duración mínima de noventa horas en cómputo anual.

### **Contratación indefinida de jóvenes por microempresas o por empresarios autónomos**

La contratación por tiempo indefinido, a tiempo completo o parcial, de jóvenes menores de 30 años se incentiva con una reducción del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante el primer año del contrato. El incentivo se aplica solo a un contrato. Para ello la empresa debe tener una plantilla igual o inferior a nueve trabajadores, no haber tenido vínculo laboral anterior con el trabajador contratado, no haber recurrido en los seis meses anteriores a la contratación a despidos declarados improcedentes y no haber celebrado con anterioridad otro contrato de este tipo, salvo que el contrato se extinga por causa no imputable al empresario o por resolución durante el periodo de prueba, en cuyo caso el periodo total de bonificación será como máximo de doce meses (artículo 10 Ley 11/2013).

### **Contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven**

Los incentivos a la contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven se dirigen a facilitar el inicio o la continuidad de una actividad autónoma de los jóvenes menores de treinta que no tengan trabajadores asalariados a su servicio. De esta

forma, la contratación por vez primera de forma indefinida, a tiempo completo o parcial, de trabajadores desempleados de cuarenta y cinco o más años de edad inscritos de forma ininterrumpida como desempleados al menos durante doce meses en los dieciocho anteriores a la contratación o que resulten beneficiarios del programa de recualificación profesional de las personas que agotan la prestación por desempleo da derecho a una reducción del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social durante los doce meses siguientes a la contratación.

### **Primer empleo joven**

Para posibilitar la adquisición de la primera experiencia laboral por parte de los jóvenes desempleados menores de treinta años sin experiencia laboral previa o con una experiencia inferior a tres meses se autoriza a las empresas a celebrar contratos temporales conforme al régimen jurídico aplicable al contrato eventual por circunstancias de la producción [artículo 15.1 b) ET], considerándose causa del contrato precisamente la adquisición de una experiencia profesional. Las duraciones mínima y máxima del contrato son de tres y de seis meses respectivamente. Puede tratarse de un contrato a jornada completa o a tiempo parcial, siempre que en este caso la jornada sea superior al 75 por 100 de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable. También se incentiva la transformación en tiempo indefinido del contrato temporal una vez transcurrido un periodo mínimo de tres meses desde su celebración.

EDUARDO MARTÍN PUEBLA  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo*  
*Universidad de Salamanca*  
[edmartin@usal.es](mailto:edmartin@usal.es)

## Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo [BOE n.º 65, de 16-III-2013]

### **Reforma de la Pensión de Jubilación en tiempos de crisis: la Sostenibilidad del Sistema y el Envejecimiento Activo como causa**

#### **1. Contexto y justificación**

Utilizando la tan ya manida técnica de la legislación delegada a favor del Gobierno, se ha publicado el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

Con actuaciones tanto en materia de Seguridad Social, en concreto sobre la pensión de jubilación, como sobre política de empleo, se persigue principalmente potenciar la compatibilidad entre trabajo y pensión, y modificar las jubilaciones no ordinarias, esto es, las anticipadas y parciales.

Se defiende esta medida legislativa como resultado del seguimiento de las orientaciones del Pacto de Toledo, y además se enmarca en la estrategia global de la Unión Europea para afrontar el reto del envejecimiento y su impacto sobre los sistemas de protección social. Como es sabido, el proceso de envejecimiento que caracteriza a los países de la Unión Europea, unido al notable descenso de la natalidad, supone un importante riesgo para el sistema de pensiones, al ser sistemas de reparto, donde las cotizaciones actuales son el mecanismo de financiación de las pensiones que se perciben en el momento actual. En este contexto, el legislador español establece como objetivos prioritarios el reforzar la sostenibilidad del sistema de pensiones, impulsar el envejecimiento activo y luchar contra la discriminación por razón de edad en el empleo.

Para poder alcanzar dichos objetivos varias serán las materias que aparecen en la citada norma. Por un lado, se establecen medidas para regular la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena, y de esta forma favorecer la prolongación de la vida laboral. Asimismo, se acomete la reforma de la normativa de las modalidades de jubilación, lo que conlleva igualmente modificaciones en materia de contratos de relevo y a tiempo parcial. Pasemos pues a analizar estas medidas brevemente.

#### **2. La compatibilidad entre trabajo y pensión como impulso a la sostenibilidad del sistema**

El Real Decreto-Ley facilita la posibilidad de ser pensionista activo, abriendo la posibilidad de trabajar, tanto por cuenta ajena como propia, a tiempo completo o parcial y percibiendo el 50% de la pensión, con independencia de la jornada que se realice. Hay que tener en cuenta, además, que, mientras que se compatibilice la prestación,

se pierde el derecho al complemento por mínimos. La pensión se revalorizará en su integridad, si bien solo se percibirá un 50% de la revalorización. Una vez producido el fin de la relación laboral o el cese de actividad por cuenta propia, se restablecerá el cobro íntegro de la pensión de jubilación.

Respecto a la obligación de cotizar, las cotizaciones sociales quedan restringidas exclusivamente a incapacidad temporal y contingencias profesionales. De forma novedosa aparece una cotización de «solidaridad» del 8% (6% a cargo de la empresa, 2% a cargo del trabajador en los supuestos de trabajo por cuenta ajena), no computable para el cálculo futuro de las prestaciones.

Para acceder a esta modalidad se establecen ciertos requisitos tanto para los trabajadores como para las empresas. Por lo que respecta a aquellos, deberán haber alcanzado la edad legal de jubilación y percibir el 100 por 100 de la base reguladora, que será objeto de reducción, como ya se ha expuesto. En cuanto a las empresas, se les exige que no hayan realizado despidos improcedentes en los 6 meses anteriores a la compatibilidad. A trabajadores ocupados en puestos de trabajo del mismo grupo profesional, a la vez que se les exigirá el mantenimiento del nivel de empleo existente en la empresa.

Por último, y por lo que se refiere a esta materia, se establecen unas condiciones semejantes para los funcionarios públicos, permitiéndoseles la compatibilización entre salario y pensión. Mención especial merecen los incluidos en el régimen de Clases Pasivas. Como es sabido, La Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, estableció que a partir del 1 de enero de 2009 todas las pensiones de Clases Pasivas del Estado son incompatibles, además de con ocupar cualquier puesto de trabajo en el sector público, con el ejercicio de cualquier actividad privada, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social. A partir del RDL, las pensiones originadas a partir del 1 de enero de 2009, que se hayan alcanzado a los 65 o más años de edad y con 35 o más años de servicios reconocidos, obteniendo el 100% de la base reguladora, serán a partir de ahora compatibles con la realización de actividades privadas, por cuenta propia o ajena, que den lugar a la inclusión del interesado en cualquier régimen público de Seguridad Social.

### **3. Nuevo diseño de la pensión de jubilación anticipada y parcial y sus efectos en los contratos de trabajo**

El Capítulo II del Real Decreto-Ley modifica la regulación de la jubilación anticipada y de la jubilación parcial, alterando las previsiones que conforme a la Ley de reforma de las pensiones debieron entrar en vigor el pasado día 1 de enero de 2013 y cuya aplicación fue suspendida por el Real Decreto-Ley 29/2012 hasta el 1 de abril de 2013.

Por lo que respecta a la jubilación anticipada, se sigue el esquema de la Ley 27/2011, distinguiendo entre voluntarias e involuntarias. Importantes son los límites

que se introducen por parte del legislador para el acceso a este tipo de jubilación. Por un lado, se incrementa gradualmente la edad mínima de acceso, similar al incremento paulatino de la edad legal de jubilación previsto en la Ley antes citada. De esta forma, la edad de jubilación anticipada voluntaria se elevará progresivamente de los 63 años actuales a los 65 años en 2027, y la de jubilación involuntaria pasará de 61 años a 63 años en el mismo período. Igualmente se aumentan los períodos mínimos de cotización (35 años para la jubilación anticipada voluntaria y 33 años para la forzosa). Todo ello va acompañado asimismo de la introducción de importantes coeficientes reductores que harán disminuir la pensión de aquellos trabajadores que opten por esta modalidad.

En cuanto a la pensión de jubilación parcial importantes han sido también las limitaciones sufridas con respecto a la legislación anterior, con el fin de desincentivar su utilización, con exigencias tales como elevar el período mínimo de cotización del trabajador hasta los 33 años (antes 30).

Consistirá en compatibilizar la pensión con el salario de tal forma que la reducción de jornada debe estar comprendida entre un mínimo del 25% y un máximo del 50% (antes el máximo era del 75%). Esta medida debe trasladarse también al artículo 12 ET al regular la institución del contrato a tiempo parcial del trabajador jubilado.

Pero esta reducción máxima de la jornada de trabajo del 50% podrá incrementarse en un determinado supuesto. Excepcionalmente, en aquellos casos en los que se realice un contrato de relevo indefinido y a jornada completa, con una duración mínima igual al resultado de sumar dos años al período que le reste al trabajador para alcanzar la edad ordinaria de jubilación, la reducción máxima de jornada podrá llegar hasta el 75% (antes 85%). Si el contrato se extinguiera con anterioridad, el empresario quedará obligado a celebrar otro en idénticos términos, pues el incumplimiento de esta obligación supondría la responsabilidad empresarial del reintegro de la pensión percibida. Las previsiones referidas a dicho contrato de relevo también han sido recogidas en el artículo 12 ET.

PURIFICACIÓN MORGADO PANADERO  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Salamanca*  
[morgado@usal.es](mailto:morgado@usal.es)

**RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA**  
(ENERO-JUNIO 2013)

**COORDINADORA:**

Antonia DURÁN AYAGO

*PROFESORA Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Salamanca*

**COLABORAN en la coordinación:**

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS

*Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL*

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario. USAL*

Mario HERNÁNDEZ RAMOS

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional. USAL*

Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Penal. USAL*

Cristina POLO SÁNCHEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL*

Lourdes RUANO ESPINA

*Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado*

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS

*PROFESOR Titular de E. U. de Derecho Mercantil. USAL*

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS

*PROFESORA Titular de Derecho Procesal. USAL*

Juan SANTOS VARA

*PROFESOR Titular de Derecho Internacional Público. USAL*

Estrella TORAL LARA

*PROFESORA Ayudante Doctor de Derecho Civil. USAL*

María del Mar VELÁZQUEZ SÁNCHEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado. USAL*

## ADMINISTRATIVO

---

1. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª\), de 17 de diciembre de 2012](#) (ROJ STS 8890/2012) – DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LOS MIEMBROS DE ÓRGANOS COLEGIADOS, por Zulima SÁNCHEZ SÁNCHEZ.
2. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Contencioso, Sección 2.ª\), de 28 de junio de 2013](#) (ROJ STS 3838/2013) – LA REGULACIÓN, CONFORME A LA NORMATIVA COMUNITARIA, DE LA UTILIZACIÓN PRIVATIVA O APROVECHAMIENTO ESPECIAL DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL A FAVOR DE EMPRESAS EXPLOTADORAS O PRESTADORAS DEL SERVICIO DE TELEFONÍA MÓVIL, por Juan José RASTROLLO SUÁREZ.

## CIVIL

---

3. [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Mohamed Aziz c. Catalunya Caixa](#) – ADECUACIÓN AL DERECHO DE LA UE DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL, por Soledad RODRÍGUEZ SÁNCHEZ TABERNERO.

## ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

---

4. [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos \(Sección 4.ª\), de 15 enero de 2013, asunto Eweida y otros contra Reino Unido](#) – LIBERTAD RELIGIOSA. NO DISCRIMINACIÓN, por Rafael PALOMINO LOZANO.
5. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª\), de 14 de febrero de 2013](#) (ROJ STS 693/2013) – LIBERTAD RELIGIOSA. USO DEL VELO INTEGRAL, por Santiago CAÑAMARES ARRIBAS.

## FINANCIERO Y TRIBUTARIO

---

6. [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, Aklagaren/Hans Akerberg Fransson](#) – ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM, por Isabel GIL RODRÍGUEZ.
7. [Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 60/2013, de 13 de marzo](#) [BOE n.º 86, de 10 de abril de 2013] – SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL IMPUESTO SOBRE DETERMINADAS ACTIVIDADES QUE INCIDEN EN EL MEDIO AMBIENTE, APROBADO POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA, por María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO.

## INTERNACIONAL PRIVADO

---

8. [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de mayo de 2013, asunto C-228/11, Melzer](#) – FUERO ESPECIAL EN MATERIA DE OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 5.3 DEL REGLAMENTO 44/2001, por David CARRIZO AGUADO.

## INTERNACIONAL PÚBLICO

---

9. [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal](#) – PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL TC ESPAÑOL, por Eduardo AMADO BREA.
10. [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos C-335/11 y C-337/11, HK Danmark](#) – DISCRIMACIÓN/DISCAPACIDAD, por Javier LASO PÉREZ.

## MERCANTIL

---

11. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Pleno de la Sala de lo Civil\), n.º 244/2013, de 18 de abril de 2013](#) (ROJ STS 2589/2013) – EL PERFIL DE RIESGO EN EL CONTRATO DE GESTIÓN DE CARTERAS DE INVERSIÓN. ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES PREFERENTES PARA INVERSOR NO EXPERTO, por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS.
12. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\), n.º 310/2013, de 17 de mayo](#) (ROJ STS 2712/2013) – TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. RESPONSABILIDAD POR DETERIORO DE LA CARGA, por Alfredo ÁVILA DE LA TORRE y Antonio ABRIL RUBIO.
13. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\), n.º 345/2013, de 27 de mayo de 2013](#) (ROJ STS 2888/2013) – FECHA DE REFERENCIA PARA LA VALORACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES DEL SOCIO EXCLUIDO, por M.ª Mercedes CURTO POLO.
14. [Las licencias multiterritoriales de derechos de autor en la jurisprudencia de la UE](#), por Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA.

## PENAL

---

15. [Sentencia de la Audiencia Nacional \(Sala de lo Penal, Sección 4.ª\), n.º 9/2013 de 4 de abril](#) (ROJ SAN 1323/2013) – APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA LEY PENAL EN CASOS DE MUTILACIÓN GENITAL A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 23.4 LOPJ, por María Concepción GORJÓN BARRANCO.

## PROCESAL

---

16. [Auto del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\), de 26 de febrero de 2013](#) (ROJ: ATS 1676/2013) – EL RECURSO DE CASACIÓN TRAS LA LEY DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL, por Federico BUENO DE MATA.

## TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

---

17. [Sentencia del Tribunal Constitucional español, 61/2013, de 14 de marzo](#) [BOE n.º 86, de 10-IV-2013] (cuestión de constitucionalidad) en relación a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala octava), de 22 de noviembre de 2012 (asunto C-385/11) – RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS PERÍODOS DE COTIZACIÓN EXIGIDOS A LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL, por María Luisa MARTÍN HERNÁNDEZ.

### Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª), de 17 de diciembre de 2012 (ROJ STS 8890/2012)

#### Derecho de acceso a la información de los miembros de órganos colegiados

##### 1. Normativa aplicable en materia de acceso a la información de miembros pertenecientes a órganos colegiados. Reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo del Derecho

La sentencia que se referencia tiene como objeto delimitar el alcance del derecho de acceso a la información y su aplicación en el funcionamiento de los órganos colegiados. En concreto analiza el derecho que tiene cada uno de los miembros de estos órganos de acceder a la documentación que luego es debatida en el Pleno. Si bien la sentencia termina denegando la petición del recurrente y entiende que no existe vulneración de su derecho de acceso a la información, da pautas de cuál debe ser la forma de proceder de los titulares del derecho para solicitar dicha información y conseguir una satisfacción de sus pretensiones en sede judicial. También se indica qué tipo de información puede ser requerida y la forma en la que debe entregarse, todo ello supliendo la inexistencia de una normativa básica general que determine un procedimiento concreto.

Este derecho se constitucionaliza en el artículo 105.b) de la norma fundamental reconociendo el principio de transparencia administrativa y pasa a informar la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, procedimiento común aplicable no solo a administraciones sino también a aquellos entes que no son Administración Pública pero internamente se rigen por la normativa administrativa, como es el caso de instituciones como el Defensor del Pueblo, el funcionamiento interno de las cámaras legislativas, el Consejo del Poder Judicial o, como en el supuesto que se trata aquí, los colegios profesionales y sus órganos de gobierno.

A través de esta Ley 30/1992 la exigencia de acceso a la información llega, por tanto, al funcionamiento de órganos de gobierno de colegios profesionales y otras instituciones, lo que ya aclaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1997 (Ref. Iustel. 317527) o el Consejo de Estado en su Dictamen 952/92 (C. E. Dictamen núm. 952.92, Sección 3, de 16 de julio de 1992). También toda la reflexión doctrinal que plantea el ejercicio de este derecho debe ser tenida en cuenta, dado que aclara cómo deben entenderse los límites al ejercicio del derecho.

Uno de los límites se advierte en el propio texto constitucional. Las excepciones de la norma fundamental tienen como finalidad preservar la seguridad y defensa del

Estado, o la intimidad de las personas (regulada posteriormente en la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal).

Otro de los límites, como defienden diferentes autores, se localiza en la necesidad de garantizar el principio de eficacia administrativa, lo que obliga a la administración a ser transparente pero también a mantener cierto secreto para poder actuar eficazmente. A esta reflexión de Sainz Moreno, referida al complejo equilibrio entre publicidad y secreto, se debe añadir que la eficacia obliga en la práctica a imponer plazos al ejercicio del derecho de acceso a la documentación. La sentencia que se comenta ahora es buena prueba de ello.

Por tanto, el acceso a la información no es solo un derecho a ejercitar por terceros frente a la Administración Pública, sino que también es un principio que rige en el propio seno de la Administración y del funcionamiento de los órganos colegiados. Tiene pues un aplicación «ad extra», pero también «ad intra» en las instituciones que se rigen por el Derecho Administrativo, como es el caso del Consejo General del Notariado, que es el órgano que dicta el acto recurrido en la sentencia.

La exigencia de un funcionamiento transparente es en beneficio del interés general y también de los miembros que forman los órganos puesto que, además, constituye ésta una forma de control de la actividad realizada. Por ese motivo el artículo 24.1.e de la Ley 30/1992 advierte de la necesidad de informar con antelación a los miembros que forman parte de órganos colegiados, con el fin de que formen su voluntad, tengan tiempo de prepararse para las reuniones que se celebran y puedan cumplir con su deber de control de la actividad de las instituciones de las que forman parte exigiendo de manera efectiva la rendición de cuentas.

Por tanto, podemos decir que el acceso a la información, como dice Debbasch, se debe considerar como una tercera generación de derechos del hombre y también como un medio de control de la actividad administrativa y de los órganos regidos por el derecho administrativo. Eso sí, en nuestra Constitución no se regula como derecho fundamental, pero se trata de un derecho subjetivo que permite satisfacer de forma instrumental otros derechos fundamentales, como el de comunicar y recibir libremente información veraz (artículo 20.1.d) o el de participación en los asuntos públicos (artículo 23 CE). De ahí la importancia de la labor jurisprudencial en torno al mismo.

## **2. Regulación del derecho de acceso a la información de los miembros de órganos colegiados: límites y protección jurisdiccional**

La sentencia que nos ocupa analiza la posible vulneración del artículo 24.1.e) de la Ley 30/1992 que regula el funcionamiento de los órganos colegiados y reconoce a los miembros el derecho a «obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas». En el recurso de casación se considera infringido el derecho por una posible «insuficiencia de la información proporcionada a los Decanos integrantes del Pleno del Consejo General del Notariado».

El fundamento sexto de la sentencia analiza la cuestión planteada y establece una serie de criterios que, entendidos a sensu contrario, y aplicando la propia jurisprudencia del tribunal en otro caso, aclaran las pautas a seguir para conseguir la tutela judicial en materia de acceso a la información:

Dice la sentencia que no se vulneró el derecho de acceso a la información de los miembros del Consejo puesto que la información (aunque era parcial) sobre los presupuestos a aprobar se recibió con siete días de antelación. Debe recordarse que, según el apartado a) del mismo precepto 24.1 de la LRJ Y PAC, se establece un plazo mínimo de recepción del contenido del orden del día de las reuniones y de la información sobre los temas que figuran en el mismo de cuarenta y ocho horas. Por tanto, esa es la protección de la ley de bases o de mínimos que regula el régimen de funcionamiento de los órganos colegiados. El derecho queda garantizado si la información se recibe en un plazo mínimo de dos días, dado que así se reconoce en la Ley. Por tanto el derecho se encuentra garantizado si la información se recibe con esas cuarenta y ocho horas de antelación.

Es cierto que el contenido de la información suministrada a los miembros debe cumplir con unos mínimos que también se indican en la sentencia y el artículo 24.1.e: la información debe ser lo suficientemente precisa como para que permita a los miembros del órgano cumplir con las funciones que le han sido asignadas. La sentencia, en este punto, erige unos criterios para poder entrar sobre la valoración de este concepto ciertamente indeterminado. Para proceder a valorar si la información es precisa el recurrente deberá haber efectuado previamente al órgano alguna «solicitud a requerimiento a fin de obtener información complementaria». Además ese requerimiento no debe ser general y abstracto. La STS de 3 de junio de 1995 (lustel: 278859) estima la solicitud de acceso a la información de un concejal que hizo unas peticiones «específicas y determinadas, referidas a asuntos concretos, que podían ser atendidas mediante la exhibición de los expedientes... Lo que en absoluto había de determinar el colapso de la actividad municipal». Además el tribunal considera preciso también que el solicitante aclare de forma expresa cuál fue la información omitida y en qué impedía a la recurrente formar su voluntad para decidir. Por tanto, es preciso determinar el daño causado por la falta de información para ejercer las funciones que se les atribuyen a los miembros de los órganos. En este caso se probó que la información estaba ubicada en la sala en la que se celebró el Pleno y por esa causa y los motivos descritos anteriormente, la sentencia deniega la existencia de la vulneración del derecho de acceso a la información. También constaba en acta que uno de los Decanos del Consejo General del Notariado indicó que «no votaría ni a favor ni en contra si no se le envía la documentación con más antelación de siete días», por tanto, parece que la sentencia apela a la motivación en la solicitud de información y que no basta con la exigencia de ser entregada en un plazo superior al que la propia ley establece.

Caso distinto es el trato que se da legal y jurisprudencialmente al derecho de acceso de los concejales a la información municipal, pero la labor de la jurisprudencia sirve también en ciertos aspectos de la sentencia analizada. Regulado por la Ley de Bases de Régimen local en el artículo 77 (desarrollado en el 14 y 15 del ROF), permite el acceso de éstos, previa autorización del alcalde, a antecedentes, datos o informaciones que obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.

Interesa en este caso la jurisprudencia al respecto, ya que pone el énfasis en la necesidad del acceso a la información como mecanismo de «fiscalización de las actuaciones municipales», por un lado, y como medio «para documentarse con vistas a decisiones a adoptar de futuro». Así aparece en la STS de 15 de septiembre de 1987 (Ar. 6010).

O en la STS de 19 de julio de 1989 (Ar. 5650) cuando dice que el derecho de acceso a la información de los concejales es una atribución que tiene sentido para garantizar «... que su actividad en el Ayuntamiento pueda desarrollarse con el debido conocimiento de causa, pero sin añadir ningún otro complemento que exceda el fin de poder estar plenamente informado de todo lo que conste en los diversos servicios municipales».

También la STS de 7 de diciembre de 1988 (Ar. 9335) merece especial mención. Configura el derecho a informarse como deber de hacerlo así para poder ejercer sus funciones: dice que la norma otorga un derecho e impone un deber: «... de conocimiento de datos que ha de ser previo a la propuesta, discusión y decisión en la reunión del Pleno de la Corporación».

Por último, también se encuentra jurisprudencia valorando el derecho de acceso a la información y ponderándolo con la posible obstaculización de la buena marcha del servicio si lo que se solicita es excesivo y no sirve para el desarrollo de las funciones de los miembros del órgano colegiado. En materia de acceso de concejales a información puede verse en la STS de 9 de abril de 1987 (Ar. 2873) o en la STS de 8 de noviembre de 1988 (Ar. 8655), indicando la importancia de la protección del derecho de acceso y ofreciendo opciones que equilibren éste con la necesidad de que no se impida el funcionamiento de los servicios que deben entregar la información, como la entrega fraccionada de la misma.

A la vista de la sentencia analizada y de la corriente del Tribunal Supremo en materia de acceso a la información para miembros de órganos colegiados puede afirmarse que este derecho protege el interés general y no es sólo un derecho particular de los miembros del órgano colegiado debido a que es un medio de control de la actividad administrativa.

El derecho de acceso a la información es también una obligación para los miembros de los órganos colegiados que deben formar su voluntad antes de votar en las sesiones analizando la documentación presentada. Por ello, se reconoce ese derecho

de acceso a la información. La documentación debe estar disponible con cuarenta y ocho horas de antelación. Ése es el requisito legal y con la exhibición dos días antes se cumple con la exigencia de información. La ampliación de ese plazo por el órgano es potestativa. Si se necesita ampliar la información entregada deberá solicitarse al presidente del órgano por escrito y especificando qué documentación se requiere así como motivando por qué su ausencia le impide al miembro del órgano formar su voluntad y cumplir con sus obligaciones. La solicitud debe atenderse y se intentará habilitar un mecanismo que permita el derecho de acceso a la información y no lesione el funcionamiento de los servicios o unidades administrativas.

Como vemos la jurisprudencia delimita el contenido y procedimiento de solicitud y acceso a la información y garantiza el ejercicio del derecho.

ZULIMA SÁNCHEZ SÁNCHEZ  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[zulimas@usal.es](mailto:zulimas@usal.es)

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 2.<sup>a</sup>), de 28 de junio de 2013 ([ROJ STS 3838/2013](#))

### **La regulación, conforme a la normativa comunitaria, de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras o prestadoras del servicio de telefonía móvil**

En la Sentencia que a continuación comentamos se resuelve el recurso de casación 6106/2010, interpuesto por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de julio de 2010. En la Sentencia recurrida se había resuelto el recurso contencioso-administrativo 302/2009 interpuesto por la compañía France Telecom contra la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento vasco reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras o prestadoras del servicio de telefonía móvil.

En la Sentencia anterior, la empresa francesa había solicitado la nulidad de la Ordenanza municipal, por entender que esta entraba en plena confrontación con el derecho europeo. Concretamente la [Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas](#) (Directiva Autorización). En su artículo 13, pese a reconocerse la posibilidad de que los Estados miembro de la Unión permitan a las autoridades pertinentes imponer cánones *por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos*, establece a renglón seguido que dichos cánones no deben ser discriminatorios sino transparentes y estar justificados objetivamente, ser proporcionados al fin previsto y tener en cuenta los objetivos del artículo 8 de la [Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas](#), o Directiva Marco.

Según dicho precepto, relativo a los objetivos generales y principios reguladores, los Estados miembro tienen la obligación de velar por que al desempeñar las funciones reguladoras, las autoridades competentes lleven a cabo una regulación tecnológicamente neutra, fomentando una competencia efectiva en el suministro, contribuyendo al desarrollo del mercado interior y promoviendo los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea.

El Ayuntamiento alavés funda sus pretensiones en este recurso de amparo en lo establecido por diversos preceptos de normas nacionales y forales, como los artículos 2, 24.1.a ) y c ), 25 y 26 del [Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales](#) o los correlativos de la [Norma Foral de Álava n.º 41/1989, de 19 de julio, de Haciendas Locales](#).

El Tribunal Supremo en su Sentencia se reafirma en su posición ante aquellas Ordenanzas Regulatoras que contradicen lo establecido en el Derecho Europeo con base en las determinaciones contenidas en la anterior [Sentencia de 15 de octubre de 2012](#) (recurso de casación 1085/2010) y según la cual «la anulación tiene que alcanzar también al artículo 4 de la ordenanza, al partir la regulación de la cuantificación de la tasa de la premisa de que todos los operadores de telefonía móvil realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, que no se adecúa a la Directiva autorización», debiendo recordarse, además, que la Abogada General, en las conclusiones presentadas, ante la cuestión prejudicial planteada, sostuvo que «con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, un canon no responde a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso “escaso”, resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso».

De esta manera, el Tribunal Supremo vuelve a convertirse en garante del esmeroso cumplimiento del Derecho Europeo por parte de las Entidades Locales al ejercer la potestad reglamentaria que en tan diversos aspectos tienen legalmente reconocida. El Alto Tribunal asegura así la consistencia y la coherencia del ordenamiento jurídico español en un marco jurídico europeo cada vez más integrado, acompañando la labor que lleva a cabo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ya ha tenido ocasión de pronunciarse en asuntos similares, por ejemplo, a través de la [Sentencia de 12 de julio de 2012](#) en los asuntos acumulados C-55/11, 57/11 y 58/11, *Vodafone España y otros*.

JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ  
*Profesor Asociado de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[rastrollo@usal.es](mailto:rastrollo@usal.es)

### Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Mohamed Aziz c. Catalunyaixa

#### **Adecuación al Derecho de la UE del procedimiento de ejecución hipotecaria español**

La presente sentencia recayó en el marco de una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona en el litigio principal que enfrentaba al Sr. Aziz contra Catalunyaixa. El Sr. Aziz había suscrito con Catalunyaixa un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en julio de 2007 sobre su vivienda familiar. En dicho contrato, Catalunyaixa estableció intereses de demora anuales del 18,75% automáticamente devengables, sin necesidad de reclamación previa. Asimismo, dicho contrato confería al prestatario la facultad de exigir la totalidad del préstamo en caso de vencimiento de los plazos pactados sin que el deudor hubiese hecho efectivo el pago. Finalmente, en lo relativo al pacto de liquidez, se facultaba a Catalunyaixa no solo a que recurriese a la ejecución hipotecaria, sino a que pudiese presentar directamente la liquidación mediante un certificado que recogiese la cantidad exigida.

El Sr. Aziz había pagado las cuotas mensuales regularmente desde su constitución hasta mayo de 2008, cuando dejó de hacerlo. Por ello, Catalunyaixa obtuvo una certificación notarial de la liquidación de la deuda y tras requerir sin éxito al Sr. Aziz el pago de la cantidad debida, inició un procedimiento de ejecución hipotecaria en marzo de 2009. Ante la no comparecencia del Sr. Aziz, el 15 de diciembre de 2009, el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Martorell ordenó la ejecución y envió un requerimiento de pago al Sr. Aziz al que este no respondió ni se opuso. En consecuencia, se inició el proceso de subasta del inmueble y el Sr. Aziz fue expulsado de su vivienda.

Poco antes de que se cumpliera el plazo establecido por el juzgado para la transmisión de la propiedad, el Sr. Aziz interpuso una demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona reclamando la nulidad de la cláusula relativa al pacto de liquidez por considerarla abusiva y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución. Dicho Juzgado se dirigió al TJUE y planteó una cuestión prejudicial basada en dos puntos. En el primero, se preguntaba si el sistema de ejecución hipotecaria contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil no constituiría una limitación clara de la tutela del consumidor al suponer una obstaculización para la tutela judicial efectiva de sus derechos. Por otro lado, se solicita al TJUE que dé contenido al concepto de desproporción.

España y Catalunyaixa se opusieron a la admisibilidad de ambas cuestiones puesto que consideraban que no resultaban útiles para la resolución del litigio principal. No obstante, dichas objeciones fueron rechazadas por el Tribunal sobre la base de la jurisprudencia *Roquette Frères* y *Attanasio Group*, puesto que no resultaba evidente que la interpretación de ambas cuestiones careciese de relación con el litigio principal. El Tribunal aprecia que la legislación procesal española no permitía al Sr. Aziz impugnar

el carácter abusivo de una cláusula en el procedimiento de ejecución, sino únicamente en el proceso declarativo. En lo relativo a la admisibilidad de la cuestión relativa al concepto de desproporción, el Tribunal, basándose en las conclusiones de la Abogado General Kokott, recuerda la obligación del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 13/93 (*Pannony Banco Español de Crédito*).

En cuanto a la limitación de los motivos de oposición a la ejecución hipotecaria y a la imposibilidad del juez que conoce del proceso declarativo de adoptar medidas cautelares, el TJUE recuerda la jurisprudencia *Pannon*, *Pénzügyi Lízing* y *Banco Español de Crédito*, antes citadas. No obstante, resalta la diferencia entre las mismas puesto que se trata de la determinación de las obligaciones del juez del proceso declarativo de garantizar el efecto útil de la decisión que declare el carácter abusivo de la cláusula que constituye el fundamento del título ejecutivo. Por ello, en ausencia de armonización de los mecanismos de ejecución forzosa, es de aplicación el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, limitado, no obstante, por los principios de equivalencia y de efectividad.

El problema en este asunto se halla, pues, en el respeto al principio de efectividad. El Tribunal, analizando el conjunto del procedimiento y sus peculiaridades, señala la limitación de los motivos de oposición a la ejecución. Asimismo, recalca el Tribunal que la adjudicación final a un tercero del bien hipotecado es irreversible, salvo previa anotación preventiva de la demanda de nulidad, incluso tras la apreciación en un proceso declarativo del carácter abusivo de la cláusula impugnada, lo que entrañaría la nulidad del procedimiento de ejecución.

Este régimen procesal no permite que el juez nacional que conoce del proceso declarativo en el que se impugna el carácter abusivo de una cláusula que constituye el fundamento del título ejecutivo pueda adoptar medidas cautelares cuando sean necesarias para garantizar el efecto útil de su decisión final. Relega, de este modo, la protección al consumidor a una mera indemnización *a posteriori*. Por lo tanto, la protección establecida en el ordenamiento español no puede constituir un medio adecuado y eficaz para el cese del uso de la cláusula abusiva, en el sentido del artículo 7.1 de la Directiva 13/93. En consecuencia, la normativa española infringe el principio de efectividad, al hacer excesivamente difícil o imposible la aplicación de la protección conferida por la Directiva a los consumidores.

La segunda cuestión planteada por el Juzgado de lo Mercantil versa sobre los elementos constitutivos del concepto de cláusula abusiva según el artículo 3.1 de la Directiva 13/93. El Juzgado de lo Mercantil pretende así valorar si las cláusulas sobre vencimiento anticipado en contratos de larga duración, la fijación de los intereses de demora y el pacto de liquidez presentes en el litigio principal pueden considerarse abusivas de conformidad con las disposiciones de la Directiva.

En primer lugar, el TJUE analiza el concepto de desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de consumo. Para ello, habrá que examinar si el contrato en cuestión empeora la situación jurídica del consumidor

frente a la prevista en Derecho nacional en ausencia de acuerdo entre las partes. De igual modo, habrá que valorar la situación jurídica del consumidor a la luz de los medios disponibles para el cese del uso de la cláusula abusiva en el ordenamiento interno.

Por otro lado, con relación a las circunstancias en las que se causa el desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe, el Tribunal retoma las conclusiones de la Abogado General Kokott y estima que el juez nacional habrá de valorar si el profesional podría razonablemente considerar que en el marco de la relación individual con el consumidor, y tratando de forma leal y equitativa, éste aceptaría la cláusula. Por otro lado, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas habrá de hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y en consideración de todas las circunstancias del mismo en el momento de su celebración. Ello implica un análisis del Derecho interno, puesto que habrá que analizar las consecuencias de dicha cláusula en el régimen jurídico aplicable al contrato. En consecuencia, corresponde al Juzgado de lo Mercantil analizar esta cuestión, sobre la base de los criterios interpretativos que el Tribunal suministra.

Esta sentencia del Tribunal de Justicia desató un gran revuelo mediático por las repercusiones jurídicas, políticas y sociales que implicaba en España con relación a los desahucios. Pese a que sus consecuencias suponen un claro avance en la protección del consumidor en España, su alcance debe aclararse. Centrándonos en la primera cuestión, de carácter claramente procesal, el Tribunal declara la incompatibilidad de la normativa española que impide que el juez que conoce del proceso declarativo con relación al carácter abusivo de una cláusula impugnada pueda adoptar medidas cautelares para evitar el desahucio, siempre que la cláusula impugnada sea el fundamento del título ejecutivo y, por lo tanto, desencadenante del proceso de ejecución.

El Tribunal incide especialmente en la irreversibilidad de la transmisión patrimonial. Ello hace que en la relación entre el profesional y el consumidor, el desequilibrio material entre los mismos se mantenga o se acreciente, en contra del espíritu de la Directiva 13/93. En este caso, es suficiente que se inicie el procedimiento para expulsar al consumidor de la vivienda, mientras que la rectificación es meramente indemnizatoria. Dicha solución es claramente insuficiente para compensar un perjuicio tan grave como la privación de la vivienda. Es decir, la protección garantizada por la Directiva se ve minada en las circunstancias en las que el ordenamiento nacional, dentro del principio de autonomía procesal, no presta medios al consumidor para hacer valer los derechos que le confiere la norma comunitaria. Por lo tanto, la legislación procesal española es contraria al principio de efectividad, desarrollado por el TJUE en su jurisprudencia.

SOLEDAD RODRÍGUEZ SÁNCHEZ TABERNERO

*Becaria de Investigación en el Área de Derecho Internacional Público*

*Universidad de Salamanca*

*La autora es beneficiaria de una Ayuda para la Contratación Predoctoral de la Junta de Castilla y León, cofinanciada por el Fondo Social Europeo (Orden EDU/346/2013)*

[soledadrst@usal.es](mailto:soledadrst@usal.es)

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA  
(Enero-Junio 2013)  
CIVIL

*Ars Iuris Salmanticensis*,  
vol. 1, diciembre 2013, 227-293  
eISSN: 2340-5155  
© Ediciones Universidad de Salamanca

### Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4.<sup>a</sup>), de 15 enero de 2013, asunto Eweida y otros contra Reino Unido

#### Libertad religiosa. No discriminación

La sentencia resuelve cuatro casos diferentes de los que conocieron los Tribunales del Reino Unido y que aquí se sustancian por pretendido incumplimiento de los artículos 9 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y 14 (no discriminación) del [Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales](#) [Instrumento de Ratificación BOE n.º 243, de 10-X-1979]. Los supuestos se agrupan en dos tipos: compatibilidad de signos religiosos con vestuario laboral (Ms. Eweida y Ms. Chaplin) y objeción de conciencia a uniones del mismo sexo (Ms. Ladele y Mr. McFarlane). A continuación se resumen los hechos de cada caso.

Nadia Eweida trabajaba en los mostradores de facturación de British Airways. Con motivo de un cambio en la uniformidad de la compañía, quedaba al descubierto una cruz al cuello que vestía habitualmente. Tal accesorio contravenía las normas de uniformidad de la compañía, que exige expresa aprobación para las excepciones (concedidas anteriormente a miembros del personal de la compañía aérea, pertenecientes a comunidades sijas y musulmanas). Tras aplicar la normativa interna sancionadora, British Airways ofreció a la demandante ocupar un puesto sin atención al público, manteniendo el sueldo, propuesta que Eweida rechaza (sobre el tema, ALIADI, Katayoun. 2012: «From Front-Office to Back-Office: Religious Dress Crossing the Public-Private Divide in the Workplace». En Silvio Ferrari y Sabrina Pastorelli [eds.]: *Religion in public spaces. A European perspective*, Ashgate, Farnham, Surrey. England: Burlington, VT, 159-189). Acude sin éxito a los tribunales internos. Mientras suceden estos hechos, la compañía aérea cambió su política de vestuario, resultando ésta más sensible a las necesidades religiosas de los empleados.

Shirley Chaplin es enfermera. Trabajaba para un hospital público, el Royal Devon and Exeter NHS Foundation Trust. Un cambio de uniformidad de las enfermeras del hospital conllevó que la cruz que llevaba con una cadena al cuello quedara al descubierto, contraviniendo así las normas establecidas para la protección de la salud y la seguridad de los pacientes. Se intenta llegar a una fórmula de compromiso que la enfermera no acepta. Alegando discriminación en el empleo, recurrió sin éxito a los tribunales.

Por su parte, Lillian Ladele trabajaba como funcionaria del Registro civil para el municipio de Islington. El municipio había adoptado una política de igualdad que, unida a la Ley de Parejas Civiles de 2004, conlleva que Islington designara a todos los registradores existentes de nacimientos, defunciones y matrimonios como registradores de

parejas civiles, hetero- y homosexuales. Inicialmente Ladele logra arreglos informales para no tener que celebrar ceremonias de parejas del mismo sexo. Denunciada por unas compañeras, Ladele es expedientada y fue trasladada a un precario puesto de trabajo. Acude a los tribunales internos alegando, también sin éxito, discriminación directa e indirecta.

Por último, Gary McFarlane trabajaba como terapeuta para Relate Avon Limited, una organización privada nacional que proporciona servicios de asesoramiento sexual. La organización presta dichos servicios tanto a heterosexuales como a homosexuales. Fue despedido de Relate por falta grave, pues su superior consideró que el demandante había afirmado que cumpliría con la política de Relate y proporcionaría asesoramiento sexual a parejas del mismo sexo, sin tener ninguna intención de hacerlo. Recurre a los tribunales internos, pero éstos rechazaron sus alegaciones.

A la luz de sentencias previas (asuntos [Ahmet Arslan contra Turquía](#), [Lautsi y otros contra Italia](#) y [Bayatyan contra Armenia](#)) podría esperarse quizá que el Tribunal de Estrasburgo hubiera sido sensible –en todo o en parte– a las demandas presentadas en este asunto, rompiendo así su tendencia de escasa atención hacia los aspectos individuales de la libertad religiosa y de conciencia no estrictamente conectados con la práctica cultural (vid. MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. 2012: «The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law». *Oxford Journal of Law and Religion*, 2012: vol. 1, n.º 2: 363-385). No fue así: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concede lo menos y niega lo más. Es decir: entiende que la libertad religiosa de Eweida se vio lesionada, mientras que en los otros tres casos no aprecia vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De ahí que se haya calificado esta sentencia como «una victoria marginal para la libertad religiosa» (vid. MCLROY, David H. 2013: «A Marginal Victory for Freedom of Religion». *Oxford Journal of Law and Religion*, 2013: vol. 1, n.º 1: 210-216).

En efecto, para el caso de Nadia Eweida, «al medir la proporcionalidad de las medidas adoptadas por una empresa privada respecto de sus empleados, las autoridades nacionales, en particular de los tribunales, actuaron dentro de un margen de apreciación. Sin embargo, en este caso, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que no se alcanzó un justo equilibrio» (n.º 94). La empresa pretendía proyectar una cierta imagen corporativa, objetivo al que los tribunales nacionales concedieron demasiada importancia. Sin embargo, «la cruz de Ms Eweida era discreta y no se deterioraba su aspecto profesional. No había pruebas de que el uso de otras prendas de vestir religiosas, previamente autorizadas, como turbantes e hijabs, por parte de otros empleados, tuviera consecuencias negativas en la imagen o marca de British Airways. Además, el hecho de que la compañía fuera capaz de modificar el código de uniforme para permitir la utilización visible de joyería simbólica religiosa demuestra que la prohibición anterior no era de importancia crucial» (*ibidem*). En los demás casos, el Tribunal estima que no se ha superado el «margen de apreciación nacional» en la actuación de las

autoridades nacionales (vid. GREER, Steven. 2000: *Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention of Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing). Particularmente en el caso del terapeuta, «el demandante se inscribió voluntariamente en el programa de formación de postgrado de Relate en asesoramiento psico-sexual, conociendo la política de igualdad de oportunidades de Relate y que filtrar clientes por motivos de orientación sexual no sería posible» (n.º 109).

No obstante, el voto particular de los jueces Vučinič (Montenegro) y De Gaetano (Malta) sitúa el problema planteado por Lillian Ladele en su lugar adecuado, que no es otro que la objeción de conciencia: «Cuando la tercera demandante ingresó en el servicio público (...) en 1992, y se convirtió en registradora de nacimientos, defunciones y matrimonios en 2002, su trabajo no incluía officiar en ceremonias de uniones civiles de parejas del mismo sexo. (...) Sin embargo, (...) la combinación de ser apuñalada por la espalda por parte de sus compañeros, y la corrección política del municipio de Islington (que claramente favorecía los “derechos gays” sobre los derechos fundamentales humanos), la llevó finalmente a ser despedida» (n.º 5). «Teniendo en cuenta la contundencia, la seriedad, la cohesión y la importancia de su objeción de conciencia (que, como se señaló anteriormente, también era una manifestación de sus profundas convicciones religiosas) correspondía a la autoridad local tratarla de manera diferente de los registradores que no tenían ninguna objeción a officiar uniones del mismo sexo –algo que claramente podría haberse logrado sin detrimento de los servicios generales proporcionados por la ciudad, incluyendo los servicios prestados por los registradores, como lo demuestra la experiencia de otras autoridades locales–. En lugar de practicar la tolerancia y la “dignidad para todos” que predicaba, el municipio londinense de Islington siguió la línea doctrinaria, el camino de la corrección política obsesiva. Efectivamente se buscó forzar a la demandante a actuar en contra de su conciencia o a enfrentarse a la pena máxima del despido algo que, incluso asumiendo que las limitaciones del artículo 9.2 se aplican a los mandamientos de la conciencia, no puede considerarse estrictamente necesario en una sociedad democrática» (n. 7).

Vista la cuestión en todo su alcance, se ha subrayado que el margen de apreciación nacional protege igualmente a aquellos países que adopten legislaciones protectoras de formas de objeción de conciencia semejantes a la de Lillian Ladele (vid. ADDISON, Neil. 2013: «Eweida and Others-First Views». *Religion Law Blog*, 15 January 2013, fecha de consulta 2 de septiembre de 2013, <http://religionlaw.blogspot.com.es/2013/01/eweida-and-others-first-views.html>).

Se ha destacado también que el Tribunal modifica su doctrina anterior (surgida en el seno de la antigua Comisión), de la cual se podía concluir que la libertad religiosa del trabajador no se infringe cuando éste se ve obligado a abandonar un trabajo incompatible con sus creencias, pero encuentra otro que es compatible: «Dada la importancia en una sociedad democrática de la libertad de religión, el Tribunal considera que, cuando una persona se queja de una restricción a la libertad de religión en el lugar de

trabajo, en lugar de declarar que la posibilidad de cambiar de trabajo evitaría cualquier injerencia con el derecho, la mejor aproximación sería sopesar la posibilidad en el balance total al considerar si la restricción era proporcionada o no» (n. 83).

Por último, la alusión por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho a la regulación y protección de los derechos fundamentales en Estados Unidos de Norteamérica y Canadá (nn. 48 y 49) recuerda la importancia del concepto jurídico de la «adaptación razonable» (*reasonable accommodation*). Ciertamente, uno de los elementos menos satisfactorios de la sentencia de la Sección 4.<sup>a</sup> del Tribunal de Estrasburgo ha sido la ausencia de discusión acerca de la aplicabilidad de dicho concepto, particularmente exitoso en los dos países mencionados anteriormente (*vid.* MCLROY, David H. 2013: «A Marginal Victory for Freedom of Religion». *Oxford Journal of Law and Religion*, 2013, vol. 1, n.º 1: 213-214; PÉREZ-MADRID, Francisca. 2013: «Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: comentarios acerca del caso Ladele c. Reino Unido». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, mayo 2013, n.º 32: 18-19). Una aproximación más sensible a estos supuestos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos permitiría que el conflicto entre dos derechos fundamentales no se resolviera en un «todo o nada» que convierte el derecho fundamental de libertad religiosa y de conciencia en papel mojado.

RAFAEL PALOMINO LOZANO  
*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado*  
*Universidad Complutense de Madrid*

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 14 de febrero de 2013 (ROJ STS 693/2013)

### Libertad religiosa. Uso del velo integral

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la utilización del velo islámico integral en el espacio público en su sentencia de 14 de febrero de 2013, en la que se viene a resolver un recurso contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lérida de 8 de octubre de 2010, por el que se aprueba la modificación de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia y de algunos Reglamentos, a saber: el del Archivo municipal, el del servicio de transporte urbano de pasajeros y el de funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales municipales.

El recurso fue interpuesto por una asociación de mujeres musulmanas que consideraban que la modificación de la citada normativa vulneraba su derecho a la libertad e igualdad religiosa en tanto prohibía acceder o permanecer en espacios o locales destinados al uso o servicio público a quienes portaran velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidieran o dificultaran la identificación y la comunicación visual de las personas. Conviene advertir que el Reglamento de viajeros no contiene, propiamente, una prohibición sino que se limita a advertir que no se podrá hacer uso de la tarjeta de transporte si el usuario no puede ser identificado.

El Tribunal Supremo estima el recurso por entender que la modificación normativa aprobada por el Ayuntamiento excedía los límites de sus competencias en materia de derechos fundamentales y, por tanto, provocaba la lesión de la libertad religiosa de las recurrentes. Básicamente, la sentencia considera que los ayuntamientos carecen de competencia para regular aspectos accesorios del ejercicio de los derechos fundamentales, ya que el artículo 53 CE reserva a la Ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. En consecuencia, las ordenanzas municipales al regular materias que se integren dentro de su título competencial pueden incidir sobre aspectos accesorios del ejercicio de derechos fundamentales, pero no regularlos directamente. Por este motivo, la sentencia declara la validez de la modificación del Reglamento de viajeros en tanto en él no se contiene una prohibición del uso del velo islámico integral, sino que sólo pretende asegurar la identificación del titular de la tarjeta de transporte, sin entrañar, por tanto, ni limitación ni regulación del ejercicio del derecho de libertad religiosa.

La sentencia advierte que la reserva de ley contenida en el artículo 53 de la CE resulta plenamente conforme con la doctrina de Estrasburgo en materia de limitación de derechos fundamentales, donde se juega con un concepto amplio de ley que admite normas de carácter infralegislativo para la limitación de derechos fundamentales, siempre que la norma sea accesible y previsible. El Supremo argumenta que, en virtud de lo establecido en el también artículo 53 del Convenio Europeo, no puede interpretarse que deban rebajarse las exigencias establecidas en nuestra Constitución para la

protección de los derechos humanos cuando se exige una Ley en sentido estricto para la regulación de estos derechos.

Al analizar, propiamente, la vulneración del derecho de libertad religiosa de las recurrentes, el Tribunal comienza reconociendo que el empleo del velo islámico integral constituye una manifestación de la libertad religiosa, aunque elude pronunciarse sobre si, en todos los casos, su uso es consecuencia del libre ejercicio de este derecho. Al margen de estas dudas razonables que constituyen casos rampantes de violación de la libertad religiosa, se trata, a mi juicio, de una valoración correcta ya que, con base en la doctrina reiterada del Tribunal de Estrasburgo, los poderes públicos no pueden entrar a valorar la legitimidad de las creencias religiosas, debiendo limitarse a proteger aquellas manifestaciones exteriores de la religión que alcancen un determinado nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia (Sentencia Campbell & Cosans v. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982 y la más reciente Sentencia Eweida v. Reino Unido, de 15 de enero de 2013).

Esta comprensión determina que cualquier restricción al empleo del velo integral deba ser analizada a la luz de los límites al ejercicio de la libertad religiosa que se establecen en nuestro ordenamiento jurídico y que deben ser interpretados, con criterios restrictivos, en el sentido más favorable a su eficacia. De esta forma, la prohibición sólo estará justificada cuando resulte necesaria para proteger un interés legítimo del Estado y siempre que se asegure la restricción mínima de la libertad religiosa.

Descendiendo a un ámbito de mayor concreción, el Tribunal Supremo considera, aplicando la doctrina de Estrasburgo, que la prohibición del velo integral no puede considerarse una medida necesaria en una sociedad democrática para garantizar la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, ya que en nuestro ámbito de libertad la mujer es libre de decidir su propia vestimenta, conforme a su propia cultura, religión, cosmovisión, etc., disponiendo de los recursos necesarios para reaccionar contra imposiciones de terceros. En mi opinión, se trata de un planteamiento más optimista que el asumido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1927 (2010) sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, donde advierte de que la tradición del burka puede suponer una amenaza contra la dignidad y libertad de la mujer, de modo que los Estados deben combatir penalmente estos hechos al tiempo que deben establecer un sistema de apoyo y rehabilitación a las mujeres víctimas de la opresión.

Sin embargo, la sentencia coincide con el criterio de la Asamblea cuando considera que una prohibición general del burka puede producir un efecto contraproducente, capaz de llevar a la mujer al enclaustramiento en su entorno familiar inmediato, lo cual sería contrario al objetivo de la integración, pudiendo incluso generar nuevas situaciones de discriminación.

El Supremo afirma que la prohibición del burka no se justifica por la necesidad de proteger interés legítimo alguno, ya que, contrariamente a lo sostenido en la sentencia

recurrida, la seguridad y el orden público no resultan afectados por su uso. A su juicio el mantenimiento de la tranquilidad social, derivado de la ocultación del rostro en las actividades cotidianas, no constituye un interés legítimo, ya que se trata de un argumento basado «en un juicio de valor subjetivo o de prejuicios personales, sin base probada». Más aún, como indica la doctrina de Estrasburgo, dado que los poderes públicos deben garantizar el orden público, la paz y la tolerancia en una sociedad democrática, su papel no puede consistir en eliminar cualquier elemento de tensión social, sino en propiciar que todos los grupos se toleren mutuamente.

De la misma manera la sentencia considera que el uso del velo integral no vulnera los derechos y libertades fundamentales de los demás «por la actuación de la persona a la que, para evitar tal perturbación, se le limita su derecho. La finalidad de proteger derechos y libertades ajenos, no puede así justificar la limitación de un derecho constitucional de una persona que tenga como finalidad la protección de los derechos de ésta, pues éstos no son derechos y libertades ajenos».

A modo de conclusión se puede afirmar que, desde la perspectiva propia del régimen jurídico de los derechos fundamentales, nada obsta la aprobación por parte del legislador orgánico de una norma que prohíba el uso del velo integral. Sin embargo, el Tribunal Supremo aporta su propia visión acerca de la dificultad de dotar a una norma de este tipo de un contenido constitucionalmente adecuado.

Si bien los poderes públicos no pueden negar el carácter religioso de un símbolo, en tanto les está vedado valorar la legitimidad de las creencias religiosas, tampoco se debe obviar que la libertad religiosa no permite actuar siempre y en todo caso conforme a las propias convicciones, pudiendo ser impedida cuando afecte intereses legítimos del Estado. El Tribunal Supremo, como hemos indicado, no encuentra contradicción que pudiera justificar la prohibición del burka. Sin embargo, a mi juicio, la cuestión dista mucho de ser tan clara. Se trata de una cuestión ciertamente compleja que exige un esforzado análisis de los distintos elementos en juego, entre los que se encuentran sus claras implicaciones sociales. Como advierte el Consejo de Europa, en estos casos, es imprescindible asegurar que el remedio no sea peor que la enfermedad.

SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad Complutense de Madrid*

### Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, Aklagaren/Hans Akerberg Fransson

#### **Ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Interpretación del principio *non bis in idem***

En este asunto, el Tribunal de primera instancia de Haparanda, Suecia (*Haparanda tingsrätt*) plantea cinco cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que éste se pronuncie, entre otros aspectos, acerca de la interpretación del *principio non bis in idem* o, si se prefiere, derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces, reconocido en el artículo 4 [Protocolo n.º 7, anexo al Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas](#) (en adelante, CEDH) y en el artículo 50 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (en adelante, Carta). Asimismo, plantea el tribunal sueco si es compatible con el Derecho de la Unión una práctica judicial sueca que supedita la obligación de no aplicar ninguna disposición que infrinja un derecho fundamental reconocido en el CEDH y en la Carta al requisito de que dicha infracción se deduzca claramente de dichas normas o de la jurisprudencia en la materia.

Las cuestiones prejudiciales planteadas traen causa en un proceso penal, iniciado el 9 de junio de 2009, contra un contribuyente sueco (*Sr. Akerberg Fransson*, trabajador por cuenta propia dedicado a la pesca y venta de sus capturas) ante el Tribunal de primera instancia de una localidad sueca. Se considera que este contribuyente ha cometido un delito, castigado con pena privativa de libertad de hasta 6 años, por proporcionar información inexacta a la Hacienda Pública con relación a los ejercicios 2004 y 2005 correspondientes a dos impuestos, el IRPF y el IVA, así como no declarar cotizaciones empresariales ante la Seguridad Social. Lo llamativo del asunto es que a ese mismo contribuyente, con carácter previo, concretamente el 24 de mayo de 2007, ya se le había impuesto un recargo fiscal, una multa, en un procedimiento administrativo por esos mismos hechos, que no fueron recurridos ante el tribunal contencioso-administrativo competente.

El tribunal de primera instancia sueco suspende el proceso penal iniciado y plantea cuestión prejudicial ante el TJUE al objeto de que éste señale si debía ser desestimada la acción penal ejercida contra el contribuyente al haber sido sancionado con un recargo fiscal en un procedimiento administrativo previo por los mismos hechos, vulnerando, en su caso, el *principio de non bis in idem* reconocido tanto en el CEDH como en la Carta. El Tribunal de Justicia europeo se encarga de recordar que los derechos fundamentales reconocidos en la Carta se deben respetar cuando la normativa nacional se incluya en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. En el supuesto

planteado, tanto los recargos fiscales como la acción penal que se ejercen contra el contribuyente traen causa, en parte, en el incumplimiento de sus obligaciones declarativas en materia de IVA, impuesto éste cuya regulación comunitaria (artículos 2, 250.1 y 273 [Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del IVA](#) y artículo 325 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#)) exige a los Estados miembros adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar su percepción íntegra en su territorio y para luchar contra el fraude fiscal. Se debe advertir que este tipo de actividades ilegales afectan a los intereses financieros de la Unión pues parte de sus recursos propios proceden de los ingresos procedentes del IVA. Y es que resulta que existe un vínculo directo entre la cantidad de IVA que se incluye en los presupuestos de la Unión y la puesta a disposición de ese IVA a favor de los Estados.

Para el TJUE el artículo 50 Carta no se opone a que un Estado miembro imponga, por los mismos hechos de incumplimiento de obligaciones declarativas en el ámbito del IVA, una combinación de recargos fiscales y sanciones penales. Para garantizar los recursos procedentes del IVA y, por tanto, proteger los intereses financieros de la Unión, los Estados miembros tienen libertad de elegir las sanciones aplicables, que pueden ser: sanciones administrativas, sanciones penales o una combinación de ambas. Sólo cuando la sanción fiscal tenga carácter penal en el sentido del artículo 50 Carta y ya no pueda ser objeto de recurso, podrá afirmarse que se está vulnerando el *principio de non bis in idem*. De este modo, siguiendo el criterio jurisprudencial de la Sentencia 5 de junio de 2012 (TJCE 2012/128, Bonda, C-489/10, Rec. p.I-0000, apartado 37) recuerda que para apreciar la naturaleza penal de las sanciones fiscales se han de seguir tres criterios (calificación jurídica de la infracción en el Derecho interno; propia naturaleza de la infracción; y naturaleza y gravedad de la sanción que se puede imponer al interesado), naturaleza penal de la sanción que deberá comprobar, en cada caso, el órgano jurisdiccional nacional. Así, en el caso concreto, por tanto, corresponde al tribunal local sueco verificar si los recargos fiscales establecidos al Sr. Akerber Fransson tienen naturaleza penal.

El Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ni establece las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y los previstos en una norma de Derecho nacional. Aunque así sea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, acudiendo a una reiterada jurisprudencia, indica las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de que surja un conflicto de las anteriores características, recordando que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a garantizar la plena eficacia de las disposiciones incluidas en el Derecho de la Unión, debiendo dejar inaplicada, de oficio, cualquier norma de la legislación nacional que sea contraria a ese Derecho de la Unión, incluso si es posterior. Sería incompatible con el Derecho de la Unión toda disposición nacional o toda práctica (legislativa,

administrativa o judicial) que limitase la eficacia del Derecho de la Unión negando al juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones nacionales que pudiesen constituir un obstáculo a la plena eficacia de las normas de la Unión. El Derecho de la Unión se opone a una práctica judicial que supedita la obligación del juez nacional de no aplicar ninguna disposición que infrinja un derecho fundamental garantizado por la Carta al requisito de que dicha infracción se deduzca claramente del derecho de la Carta o de la jurisprudencia en la materia, pues priva al juez nacional de la facultad de apreciar plenamente, con la cooperación del Tribunal de Justicia en su caso, la compatibilidad de dicha disposición nacional con la Carta.

ISABEL GIL RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario*  
*Universidad de Salamanca*  
[isabelgil@usal.es](mailto:isabelgil@usal.es)

**Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 60/2013, de 13 de marzo**  
**[BOE n.º 86, de 10 de abril de 2013]**

**Sobre la inconstitucionalidad del Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente, aprobado por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha**

La STC 60/2013, de 13 de marzo sobre la constitucionalidad del *Impuesto castellano-manchego sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente*, declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la [Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 16/2005, de 29 de diciembre](#), reguladora de tal impuesto y del tipo autonómico del impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos. La sentencia resuelve la cuestión de inconstitucionalidad n.º 8952-2010 planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, atendiendo a los límites al poder tributario de las Comunidades Autónomas para establecer tributos propios, en concreto al artículo 6.3 de la [Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas \(LOFCA\)](#).

En atención a esta norma, considera que el impuesto autonómico, en la modalidad que grava la producción termonuclear de energía eléctrica y en la modalidad que grava el almacenamiento de residuos radiactivos, invade la materia gravada por el Impuesto sobre Actividades Económicas y, en consecuencia, ocasiona una doble imposición prohibida por las reglas del reparto competencial en materia tributaria entre los distintos niveles de Hacienda. Sigue, al respecto, el Tribunal la doctrina sentada en la [STC 196/2012](#).

En concreto, señala el Tribunal que «el impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente regulado por la Ley 16/2005, de 29 de diciembre, en sus modalidades de “producción termonuclear de energía eléctrica” [artículo 2.1 b)] y “almacenamiento de residuos radiactivos” [artículo 2.1 c)], incurre en la prohibición prevista en el apartado 3 del artículo 6 LOFCA (en la redacción anterior a la modificación operada por la [Ley Orgánica 3/2009](#)), por su solapamiento con la materia imponible del Impuesto sobre Actividades Económicas».

Sin embargo, el Tribunal sí que declara ajustada a la norma fundamental la regulación de otra de las modalidades del impuesto autonómico, en concreto, el gravamen sobre las «actividades cuyas instalaciones emiten a la atmósfera dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno o cualquier otro compuesto oxigenado del azufre o del nitrógeno» [artículo 2.1 a)], declarando, al respecto, que tal gravamen no es contrario al orden constitucional de competencias y, concretamente, a los artículos 133.2, 149.1.13, 23 y 25, y 157.1 b), todos ellos de la Constitución, ni incide en los límites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 6 LOFCA.

De acuerdo con la doctrina constitucional, representada por las [SSTC 289/2000](#), [168/2004](#) y [179/2006](#), así como por el [ATC 456/2007](#), no hay razones bastantes para entender que esta modalidad impositiva viola el artículo 6.3 LOFCA, pues el impuesto

sobre actividades económicas es un tributo local que grava «el mero ejercicio... de actividades empresariales, profesionales o artísticas» (artículo 78.1 del [Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo](#)), en función de su beneficio medio presunto, por lo que difícilmente puede gravar la actividad de emisión de gases contaminantes. Por su parte, el impuesto autonómico no está construido por referencia a ninguna actividad económica, sino un tipo de resultado contaminante perjudicial para el medio ambiente, a saber, la emisión de dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno y otros compuestos oxigenados del nitrógeno y del azufre. Aun siendo cierto que el impuesto autonómico grava a grandes contaminantes, puesto que prevé tipo y cuota cero para bases imponibles resultantes de emisiones inferiores a 500 tm/año, no es menos cierto que lo que se grava no es el beneficio presunto originado en el ejercicio de una actividad económica, sino la capacidad contaminante, para gravar más a las más contaminantes y menos o nada a las que contaminan menos. En consecuencia, la vertiente retributiva prima sobre la contributiva, pues resulta indiscutible la finalidad de estimular la disminución de emisiones contaminantes en las instalaciones existentes y la mejora de sus instrumentos de medición, por lo que no puede sostenerse que, mediante el artículo 2.1 a) de la Ley 16/2005, se esté gravando la producción de energía termoeléctrica, sino cualquier actividad que genere dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno y otros óxidos de nitrógeno y de azufre. En consecuencia, el citado precepto legal no viola el artículo 6.3 LOFCA.

Llama la atención en esta sentencia el cambio de postura del TC en la norma que debe aplicar. Tras la entrada en vigor del nuevo precepto 6 de la LOFCA, el TC ha dictado tres sentencias: La [STC 122/2012, de 5 de junio](#) sobre la constitucionalidad del *Impuesto catalán de grandes establecimientos comerciales*, [la STC 210/2012, de 14 noviembre](#), sobre la inconstitucionalidad del *Impuesto extremeño a la actividad bancaria* y la STC 60/2013, que ahora comentamos.

En las dos primeras se señala que:

Con posterioridad a la interposición del presente recurso, el legislador orgánico ha modificado el artículo 6.3 LOFCA, mediante la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, y este cambio legislativo, nos sitúa en un escenario jurídico diferente al existente en el momento en que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad, debido a que el legislador estatal ha realizado una modificación de la prohibición que venía limitando la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas para el establecimiento de tributos propios, en el ejercicio de la competencia que deriva del artículo 157.3 en relación con los artículos 133.1 y 149.1.14, todos de la Constitución española, pues antes de la reforma, no podía recaer «sobre materias que la legislación de régimen local reserve a las Corporaciones Locales», mientras que con la redacción vigente estos tributos «no podrán recaer sobre hechos impositivos gravados por los tributos locales».

Al ser doctrina reiterada de este Tribunal que el bloque de la constitucionalidad que ha de servir de canon para el enjuiciamiento de la ley, en esta clase de recursos es el efectivamente existente en el momento de procederse a la resolución del proceso

constitucional que se hubiese entablado (por todas [STC 14/1998, de 22 de enero](#), FJ 2) resulta necesario determinar el alcance que, sobre el objeto del presente proceso constitucional, haya podido tener que la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, haya dado una nueva redacción a la prohibición regulada en el artículo 6.3 LOFCA.

Por lo tanto, aplica en estas dos sentencias ya el texto actual y que nos sirve de guía a la interpretación que hace del mismo, declarando la constitucionalidad de dichos impuestos.

Sin embargo, la STC 60/2013 señala que: «Y entre esas leyes delimitadoras de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se encuentra la LOFCA [[STC 181/1988, de 13 de octubre](#), FJ 7], cuyo artículo 6, junto con determinados preceptos constitucionales, constituye en el presente caso el canon de constitucionalidad del impuesto cuestionado [SSTC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 2; 179/2006, de 13 de junio, FJ 2; y 196/2012, de 31 de octubre, FJ 1 c); y ATC 456/2007, de 12 de diciembre, FJ 4]. La circunstancia de que ese artículo 6 LOFCA haya sido modificado por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, no afecta al juicio de constitucionalidad que hemos de efectuar sobre los preceptos impugnados, pues se conectan con su aplicación a un concreto proceso en el que el órgano judicial proponente de la cuestión ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso *a quo*, razón por la cual, la reforma introducida por esa Ley Orgánica 3/2009 no puede ser de aplicación a situaciones anteriores a su entrada en vigor [STC 196/2012, de 31 de octubre, FJ 1 c)].

Creemos que si el TC hubiera aplicado el artículo 6.3 LOFCA reformado, tal como ya ha hecho en las sentencias anteriores citadas, este impuesto habría sido declarado constitucional en su totalidad.

MARÍA ÁNGELES GUERVÓS MAÍLLO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario*  
*Universidad de Salamanca*  
[agfrias@usal.es](mailto:agfrias@usal.es)

### Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de mayo de 2013, asunto C-228/11, Melzer

#### Fuero especial en materia de obligaciones extracontractuales previsto en el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001

#### 1. Introducción

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante STJUE) en el caso *Melzer vs. MF Global UK Ltd* (en lo sucesivo «MF Global»), C-228/11, es un ejemplo del reto que plantea la interpretación de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo R44/2001). Hemos de señalar que las reglas de competencia judicial internacional se basan generalmente en el foro del domicilio del demandado, pero en ocasiones ha de completarse con otros foros alternativos como consecuencia del estrecho nexo entre el órgano jurisdiccional y el litigio. Es el caso que aquí nos ocupa en relación al fuero contenido en el artículo 5.3 del R44/2001. Según estima algún sector de la doctrina, a la luz de cierta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) sobre este particular, se puede afirmar que el concepto en materia *delictual o cuasidelictual* debe interpretarse de manera amplia y autónoma (*vid.* STJCE de 27-12-1988 [asunto C-189/87] *Kalfelis/Schröder y otros*), así se garantiza una aplicación uniforme del precepto y la consiguiente igualdad de derechos y obligaciones para todos los destinatarios (*vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. 2012: *Derecho Internacional Privado*. Cizur Menor [Navarra]: Aranzadi-Thomson Reuters, 100. En sentido contrario, CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. [dir.]. 2010: *Derecho Internacional Privado*. 11.ª ed. Granada: Comares, vol. I: 163, donde los autores opinan que los foros especiales por razón de la materia –por tanto, el artículo 5.3– deben ser interpretados restrictivamente; porque son una excepción a la regla especial contenida en el artículo 2 R44/2001). En cambio, en el caso *Melzer* objeto de nuestro análisis, el TJUE analiza el artículo 5.3 R44/2001 desde una óptica restrictiva (*vid.* PIRODDI, P. 2013: «Impossibile radicare la lite nel luogo dell'illecito quando uno dei coautori non è parte in causa. Un criterio di competenza speciale che non ammette interpretazioni estensive». *Guida al diritto*, 2013, n.º 23: 88-90. En la misma línea jurisprudencial el Alto Tribunal se pronuncia en el caso *Pinckney* en la STJUE de 3-10-2013 [Asunto C-170/12] al considerar que el «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso» es una regla de competencia especial y debe

interpretarse de modo estricto, sin que quepa una interpretación que vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados en el Reglamento).

## 2. Planteamiento de los hechos

El Sr. Melzer, domiciliado en Berlín, es asesorado por la sociedad Weise Wertpapier Handelsunternehmen (en adelante WWH), con sede en Düsseldorf. Esta sociedad abrió una cuenta a nombre del Sr. Melzer en una agencia de bolsa con sede en Londres llamada MF Global; esta sucursal utilizó dicha cuenta para realizar operaciones de futuros para el interesado a cambio de una determinada remuneración.

Durante los años 2002 y 2003, el Sr. Melzer ingresó en la cuenta cantidades que ascendían a un total de ciento setenta y dos mil euros. El 9 de julio de 2003, MF Global revirtió en la cuenta del Sr. Melzer un importe de novecientos veinticuatro euros con ochenta y ocho céntimos con la correspondiente facturación de comisión de ciento veinte USD, de la cual detrajo veinticinco USD, devolviendo la diferencia de noventa y cinco USD a WWH. Ante este escenario, el Sr. Melzer acudió al Landgericht Düsseldorf solicitando la correspondiente indemnización resultante de la diferencia entre lo abonado y lo percibido en el marco de la operación.

En todo momento MF Global alega falta de competencia *ratione loci* del Landgericht Düsseldorf y éste considera que la competencia internacional alemana se justifica en virtud del artículo 5.3 R44/2001, puesto que el daño se ha producido en Alemania y el perjuicio económico por el que el Sr. Melzer pretende ser indemnizado también ha tenido lugar en Alemania. No obstante, el tribunal a pesar de que sostiene que el lugar del hecho dañoso es Alemania, se pregunta acerca de su propia competencia, puesto que la actividad de MF Global sólo opera en Londres de manera exclusiva y el «lugar del hecho generador» no coincide en un mismo lugar. En este contexto dudoso de quién es competente en el proceso, el tribunal suspende el procedimiento y plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE.

## 3. Alcance del Foro: lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso

### 1. Concepto de obligación extracontractual ofrecido por el TJUE

Como punto de partida tenemos que indicar que el Alto tribunal no concreta un concepto determinado en materia delictual o extradelictual. El tribunal califica la materia extracontractual en clave negativa respecto de la materia contractual (*vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, P. 2013: «Acciones declarativas negativas y *forum delicti comisii*. ¿Galgos o Podencos? La Litispendencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012. Folien Fischer AG y Fofitec AG Contra Ritrama SPA». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, vol. 5, n.º 1: 242). La jurisprudencia del TJUE opta por incluir dentro de la noción de obligación contractual a

todas aquellas obligaciones «libremente asumidas por una parte frente a otra» (STJUE, de 05-02-2004 [Asunto C-265/02], *Frahuil*, apartado 24).

El TJUE tiende a conceptualizar la categoría «obligaciones extracontractuales» de manera subsidiaria frente al artículo 5.1 (*vid.* SSTJCE de 17-09-2002 [Asunto C-334/00] y de 1-10-2002 [Asunto C-167/00]: «El concepto materia *delictual o cuasidelictual* comprende toda demanda que se dirija a exigir responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual en el sentido del apartado 1 del artículo 5»).

### 2. Concreción del lugar de la producción del hecho generador del daño

El foro contenido en el artículo 5.3 R44/2001 es un foro especial por razón de la materia, alternativo al foro del domicilio del demandado contenido en el artículo 2 de dicho Reglamento. Se trata de un «foro de ataque», ya que otorga al demandante una posibilidad adicional de interponer su demanda ante tribunales de otro Estado miembro diferente al Estado miembro del domicilio del demandado (*cf.* LORENTE MARTÍNEZ, I. 2012: «Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 de octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en internet». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, vol. 4, n.º 1: 282). Es decir, conoce de aquellos supuestos que la doctrina ha venido denominando *ilícitos a distancia*, como en los casos de las *Mines de Potasse d'Alsace* [Asunto C-21/76] y *Fiona Shevill* [Asunto C-68/93], el ilícito se inicia o tiene su origen en un país, pero produce el efecto dañoso en otro u otros países diferentes (*vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, P. 1994: «Artículo 5». En A.-L. CALVO CARAVACA: *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. Madrid: *Boletín Oficial del Estado*, 119-130). Esta misma tesis ha sido recientemente reiterada por el TJUE en el caso *Pinckney* (*vid.* [Asunto C-170/12], apartados 26 y 27).

### 3. Ubicuidad del daño en el caso *Melzer*. ¿Berlín o Londres?

El órgano jurisdiccional remitente indica que la competencia de los órganos jurisdiccionales alemanes no le plantea ningún problema, al considerar que es un dato incuestionable que Berlín es la ciudad donde radica al mismo tiempo el domicilio del Sr. Melzer y su cuenta bancaria a partir de la cual se financiaron las operaciones objeto de la controversia. Sin embargo, la Comisión ha expresado otro punto de vista diferente y aclara que aunque el Sr. Melzer haya sufrido en Alemania las consecuencias lesivas de los actos dañosos, las transacciones bursátiles de alto riesgo realizadas en el Reino Unido por MF Global, según la jurisprudencia del Alto tribunal (STJUE de 10-06-2004 [Asunto C-168/02] *Kronholfer*), dicha circunstancia no puede proporcionar un criterio de conexión que fundamente la competencia de los tribunales alemanes en base al artículo 5.3 R44/2001, puesto que la materialización del daño se sitúa en el Reino Unido (*vid.* FUENTES CAMACHO, V.-VILLAFRUELA CHAVES, P.: 2004: «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado». *Revista Española de Derecho*

*Internacional*, 2004: 861-866). El Abogado General, en las Conclusiones ofrecidas, indica que comparte la idea de la Comisión al considerar que el perjuicio económico que el Sr. Melzer pretende reparar se produjo en Londres y no en Berlín (*vid.* cdo. 32 de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Nilo Jääskinen).

Entendemos que el *quid* principal de la cuestión competencial está en determinar si los actos realizados por WWH (sociedad no demandada, con sede en Düsseldorf y cooperante con el demandado en el desenlace del hecho dañoso) podrán considerarse parte de los hechos que han generado el perjuicio sufrido por el cliente y así poder delimitar el concepto de «lugar generador del daño» en un supuesto complejo en el que concurren tres factores: en primer término, una diseminación entre distintos Estados miembros de los lugares en que se han realizado los actos causantes del daño (*vid.* MIGUEL ASENSIO DE. P. A. 2009: «Competencia judicial en materia de indicaciones geográficas y denominaciones de origen». En *Le indicazoni di qualità degli alimenti*. Milán: Diritto internazionale ed europeo, 15. Como indica el autor, se trata de supuestos de responsabilidad «plurilocalizados», existiendo un país de origen [donde ha acaecido el hecho causante], y un país de resultado [lugar donde se manifiesta la lesión]); en segundo lugar, la concurrencia de responsabilidades (autor-coautor o cómplice); y, en tercer lugar, una acción dirigida únicamente contra uno de los autores del daño en el Estado miembro en donde otro ha llevado a cabo su actuación. Lo asombroso del caso es que la pretensión de la parte demandante solamente está dirigida hacia MF Global y en ningún momento se infiere a WWH teniendo éste un papel determinante en la consecución o realización del daño (el Sr. Melzer no formula demanda contra WWH por encontrarse en situación de insolvencia en el momento que interpuso la acción).

#### 4. Interpretación restrictiva del artículo 5.3 R44/2001

A tenor de lo dispuesto, podemos decir que desde el momento en que una disposición como la contenida en el artículo 5.3 R44/2001, que fija una regla de competencia permitiendo alejarse de lo contenido en el principio general (artículo 2.1 R44/2001), su interpretación ha de ser de manera estricta (*vid.* SSTJUE de 3-10-2013 [Asunto C-170/12] *Pinckney*, apartado 25, y en la Sentencia de 16-07-2009 [Asunto C-189/08] *Zuid-Chemie*, apartado 22). De este modo, la jurisprudencia sostiene que no es conveniente extender el alcance más allá de las hipótesis contenidas de manera expresa en el R44/2001, so pena de no menoscabar el espíritu del legislador comunitario (*vid.* STJUE de 10-06-2004 [Asunto C-168/02] *Kronholfer*, apartado 19. El Alto Tribunal recuerda que el concepto «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» no puede interpretarse de manera extensiva hasta el punto de englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar). Existe el riesgo de que, si se multiplican los criterios de conexión, el TJUE no sólo construya una jurisprudencia cada vez más incomprensible, sino también de que sigilosamente vaya dando una nueva redacción a dicho artículo 5.3. Esta postura es avalada por la jurisprudencia al

subrayar que: «la transformación por el juez comunitario de las reglas de competencias unilaterales, protectoras de la parte a la que se considera más débil, iría más allá del equilibrio de intereses que el legislador comunitario ha establecido en el estado actual del Derecho comunitario» (*vid.* STJUE de 22-05-2008 [Asunto C-462/06], *GlaxoSmithkline*, apartado 32).

#### 4. Conclusión

Con la elección negativa que realiza el Sr. Melzer al demandar únicamente a MF Global y no a WWH, asume la pérdida de cualquier posibilidad de acogerse a la extensión de competencia basada en el lugar del domicilio de un tercero, y, por lo tanto, todos los actos que este último haya podido cometer en ese lugar.

El objeto del artículo 5 R44/2001 es la designación del órgano jurisdiccional más próximo al litigio, con el propósito de que sea éste el que mejor pueda resolverlo. (Esta idea tiene su fundamento en el «principio de proximidad razonable» ya que se basa en la existencia de una «conexión particularmente estrecha» entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso: *cfr.* GOÑI URRIZA, N. 2011: «La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el Artículo 5.3 del Reglamento 44/2001: Nota a la STJCE de 16 de julio de 2009». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, n.º 1: 293).

Sin embargo, si se adoptara tal criterio competencial al caso *Melzer*, el tribunal que resultara competente sobre la base del criterio del lugar donde sucedieron las actuaciones de un tercero no demandado (alemán en este supuesto) se vería obligado a responder sobre la responsabilidad de un demandado (con sede en el Reino Unido) cuyos actos supuestamente ilícitos están alejados de la competencia de dicho tribunal, puesto que en ningún momento hay la duda de que MF Global ha operado únicamente en territorio británico. Por ello, el Alto tribunal estima que al no existir un vínculo suficientemente significativo con la cuestión litigiosa no puede considerarse objetivamente que ese tribunal sea el mejor situado para poder dirimir la contienda entre las partes. Por consiguiente, reconocer la competencia al tribunal del lugar donde esté establecido el cómplice o coautor del acto ilícito como lugar subsidiario del hecho generador del daño es completamente erróneo, puesto que el lugar principal del hecho dañoso se encuentra en otro Estado miembro.

DAVID CARRIZO AGUADO

*Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado.*

*Doctorando por la Universidad de León*

[dcara@unileon.es](mailto:dcara@unileon.es).

### Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2013, asunto c-399/11, Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal

#### Primera cuestión prejudicial del TC español

La sentencia objeto de estudio trata sobre la interpretación del artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2009/299/JAI, sobre la Orden de Detención Europea, y su compatibilidad respecto de los Derechos fundamentales; sin embargo, el caso tiene mayor trascendencia por su interés intelectual a causa del diálogo judicial que se puede observar entre los diversos tribunales implicados. El caso transcurrió ante los tribunales españoles a raíz de una orden de extradición, para ser juzgado ante los tribunales italianos, recaída sobre Stefano Melloni, quien, tras la aprobación por parte de la Audiencia Nacional, fue puesto en libertad bajo fianza, tras lo cual huyó. Tras ser juzgado, habiendo sido defendido por sus representantes legales, los tribunales emitieron una Orden de Detención Europea, conforme a la Decisión marco 2002/984/JAI, siendo hallado nuevamente en España. La Audiencia Nacional vuelve a resolver afirmativamente, ante lo que el condenado eleva un recurso al Tribunal Constitucional, alegando que la extradición vulneraría los derechos contenidos en el artículo 24.2 de la Constitución española, pues aducía que al haberse dictado la sentencia en rebeldía, y sin posibilidad de revisión, esto afectaría a los derechos de defensa del acusado.

Tras admitir a trámite el recurso, el TC decide que es procedente plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, puesto que la doctrina reiterada del propio TC (*vid.* STC 91/200 y STC 199/2009) avalaría la posición del recurrente mientras que la nueva Decisión marco 2009/299/JAI, que modifica la anterior, parece prohibir la denegación de la extradición por causa de la rebeldía del acusado. Así pues, pregunta (1) al TJUE si efectivamente la Decisión marco impide revisar la decisión a la luz de los derechos de defensa por parte de los tribunales del país requerido y, de ser así, (2) si esta regulación resulta incompatible con los artículos 47 y 48.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; por último, (3) dado el caso de que sean compatibles, pregunta el TC si es posible realizar una interpretación extensiva de estos derechos, por la vía del artículo 53 de la Carta, con la finalidad de evitar un conflicto con los derechos constitucionales de un Estado miembro.

El TJUE admite la cuestión a trámite, pese a las posturas contrarias, puesto que asume que hay una presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales, salvo que fuese evidente la falta de conexión con la realidad de la misma. Además, pese a que *ratione temporis* la Decisión marco no parecería aplicable, ello no resulta evidente y, para el Tribunal, las normas

procesales son aplicables a todos los litigios pendientes en el momento en que entran en vigor; tanto es así, que los propios tribunales italianos hacían referencia a la nueva norma en su resolución. En respuesta a la primera de las cuestiones, el Tribunal utiliza su ya habitual modo de interpretación de las normas jurídicas, incidiendo en que la interpretación literal no permite al Estado negarse a la extradición por causa de la rebeldía, ni poner por condición la revisión del caso en presencia del acusado; del mismo modo, una interpretación teleológica lleva al Tribunal a deducir que las intenciones del legislador son precisamente dar ese resultado al eliminar el artículo 5 de la Decisión marco, que era el que permitiría esa negación por parte del Estado requerido.

Corresponde entonces dar respuesta a la segunda cuestión, para valorar la compatibilidad de esta interpretación con los Derechos fundamentales, donde la *ratio* del Tribunal es que si bien la Carta de Derechos Fundamentales reconoce en los derechos de defensa del acusado el derecho de éste a comparecer, estos derechos no tienen un carácter absoluto, por lo que podrá renunciarse a ello de una forma tácita o explícita, siempre que esta renuncia sea clara; señala el Tribunal que esta interpretación es también la realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las condiciones de esta renuncia serán precisamente las del artículo 4 *bis*, es decir, que se haya informado al acusado y éste haya sido defendido por sus representantes, bajo las cuales el proceso sin su comparecencia no vulneraría los derechos fundamentales del mismo. Procede entonces el Tribunal a dar respuesta a la última de las cuestiones, señalando que el artículo 53 de la Carta no ampara esta interpretación extensiva conforme a las constituciones nacionales, arguyendo que ello menoscabaría la primacía del Derecho de la Unión, dejando la aplicación de éste al albur de las diversas interpretaciones que los tribunales nacionales puedan hacer de sus constituciones. Precisamente la Orden de Detención Europea, y especialmente la Decisión marco de 2009, pretenden armonizar los estándares de protección en materia de extradición de condenados, acabando con el anterior sistema multilateral, que afectaba al correcto desarrollo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Esta sentencia cobra importancia capital no sólo por ser la primera cuestión prejudicial planteada por la instancia constitucional española, sino por la importancia y complejidad del caso planteado, en el que se aprecia con claridad el problema del pluralismo constitucional habido, dado que se encuentran diferentes estándares de protección a causa de las diferentes fuentes que protegen los Derechos fundamentales, y cómo se resuelve a través de un diálogo judicial entre instancias. Se puede apreciar que lo que solicitaba el Alto Tribunal español eran razones suficientes para modificar una doctrina que venía defendiendo durante años; así se aprecia en los argumentos del TJUE, y especialmente en las conclusiones presentadas por el Abogado General para este caso, que lo que se busca es dar las motivaciones suficientes al TC; ello se aprecia en el análisis que el AG realiza del discutido artículo 4

*bis* en comparación con la jurisprudencia del TEDH. Pese a ello, el TJUE no duda en mostrarse inflexible en lo que concierne a su autoridad y la primacía del Derecho de la Unión, dejando claro, aunque veladamente, que la única solución posible para el TC es la aplicación de la Decisión marco tal y como el propio TJUE la ha interpretado.

EDUARDO AMADO BREA  
*Máster en Estudios de la Unión Europea  
por la Universidad de Salamanca*

## Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, [asuntos C-335/11 y C-337/11](#), HK Danmark

### Discriminación/Discapacidad

El TJUE ha desarrollado en este asunto su amplia jurisprudencia relativa a la lucha contra la discriminación, vinculada en este asunto a la discapacidad. Este pronunciamiento es destacable, en primer lugar, porque ha precisado el concepto de discapacidad, aplicable en el ámbito de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, 16). La Directiva 2000/78 se refiere, entre otros motivos, a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, sin desarrollar expresamente su significado. Ahora el Tribunal interpreta este concepto de conformidad con las disposiciones previstas en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006 (CDPD). Esta Convención fue aprobada por la UE (forma a través de la cual prestó su consentimiento), mediante Decisión del Consejo de 2010/48/CE de 26 de noviembre de 2009 (DO, 2010, L23, 35). Además, en el presente asunto se desarrolla, por primera vez en su jurisprudencia, el alcance de la obligación de adoptar ajustes razonables en el ámbito de las condiciones laborales, dirigidos a adaptar el entorno laboral a las necesidades individuales de las personas con discapacidad. En la sentencia de 20 de junio de 2013, *Comisión c. Italia*, [asunto C-312/11](#), el TJUE reitera este deber de interpretar, en la medida de lo posible, las disposiciones adoptadas por las Instituciones de la UE de conformidad con la CDPD y reitera una interpretación amplia del concepto de ajustes razonables, de conformidad con lo dispuesto en la CDPD, con ocasión de la declaración de incumplimiento de Italia por no adoptar las medidas necesarias para asegurar la aplicación efectiva del artículo 5 de la Directiva 2000/78, relativo a estos ajustes razonables.

El pronunciamiento del Tribunal en el asunto HK Danmark responde a una serie de cuestiones prejudiciales planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por un órgano jurisdiccional danés, el Sø- og Handelsretten (Dinamarca), relativas a la interpretación de los artículos 1, 2 y 5 de la Directiva 2000/78/CE. El asunto que debía resolver el juez nacional tenía su origen en dos litigios internos entre el sindicato HK Danmark (que actuaba en representación de la Sra. Ring y la Sra. Skouve Werge) y sus empleadores. En ambos asuntos se cuestionaba la legalidad de los despidos de estas trabajadoras, que se habían producido como consecuencia de su estado de salud. La Sra. Ring estuvo de baja en diversas ocasiones, debido a que padecía dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento, si bien esta dolencia no le impedía trabajar a tiempo parcial. Por su parte, la Sra. Werge fue víctima de un accidente de circulación y sufrió un «latigazo cervical», por el que estuvo de baja varias semanas, sin que se pudiera precisar médicamente a duración de su incapacidad y el tiempo de

recuperación. El sindicato interpuso una demanda de indemnización contra los empleadores sobre la base de la Ley antidiscriminación, en el que se argumentaba que las trabajadoras tenían una discapacidad y que los empleadores debían haberles propuesto una reducción del tiempo de trabajo. Los empleadores alegaron que no existía discriminación por motivo de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78, en la medida en que «la única incapacidad que las afecta es que no pueden ejercer un trabajo a tiempo completo» mientras que el despido de un trabajador a causa de una enfermedad no constituiría una discriminación por razón de discapacidad (apart. 24).

En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional nacional planteó cuatro cuestiones prejudiciales. Las dos primeras cuestiones se ocupan de las relaciones entre el concepto de discapacidad y la enfermedad, curable o incurable; en la tercera cuestión se planteaba si la reducción del tiempo de trabajo podía constituir una de las medidas de ajuste adecuadas para las personas con discapacidad prevista en la Directiva; y, por último, se planteaba si la Directiva se oponía a una disposición nacional que establecía que un empleador podía poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador ha estado de baja durante 120 días en los últimos 120 meses, cuando esas bajas sean consecuencia de su discapacidad o bien cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de la Directiva.

En la respuesta a las dos primeras cuestiones el Tribunal desarrolla de forma más precisa las relaciones entre la discapacidad y la enfermedad, precisando y modulando su (criticada) decisión anterior en el [asunto Chacón Navas](#). El TJUE se pronunció en el asunto *Chacón Navas*, por primera vez, sobre el concepto de discapacidad, en un asunto que tenía por objeto la interpretación de la discriminación por motivo de discapacidad y su relación con la enfermedad y, con carácter subsidiario, la posibilidad de introducir en la Directiva un motivo de discriminación basado en la enfermedad. Los hechos se originaron por el despido de la Sra. Chacón Navas, que se produjo como consecuencia de su ausencia debido a enfermedad durante un período de ocho meses del trabajo. *Vid.*, sobre este pronunciamiento, EUROPEAN COMMISSION. 2012: *The evolution and impact of the case-law of the Court of Justice of the European Union on directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 31 y ss.). El empleador reconoció que el despido era improcedente y ofreció compensación, pero la afectada solicitó su reincorporación a trabajo y pidió que se declarase la nulidad de su despido. El órgano jurisdiccional español remitente destacó que en el ordenamiento interno no existía ninguna disposición que prohibiera la discriminación por razón de enfermedad, y cuestionaba si podía establecerse una relación con la discapacidad en la medida en que la enfermedad puede producir deficiencias que produzcan discapacidad. El Tribunal declaró que la discapacidad se refería a «una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional» (apartado 41). El énfasis se situaba,

así, en la limitación de la persona, sin que se tuviera en cuenta la evolución desde una concepción médica o personal hacia una concepción social de la discapacidad, que se había aceptado progresivamente en el ámbito internacional y en diversas del Consejo y el PE. El Tribunal, además, no desarrolló la relación que puede existir entre la discapacidad y la enfermedad, rechazando que la enfermedad por sí misma pueda considerarse discapacidad. En alguna medida, estaba condicionado por la reticencia de los Estados a incluir nuevos motivos dentro de la lista prevista en el artículo 13 del TCE (actual artículo 19 TFUE) y se limitó a dar una respuesta sucinta, que no precisaba las relaciones entre la discapacidad y la enfermedad que apuntaba la propia cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional español. De esa forma, desvinculó los conceptos de discapacidad y de enfermedad, rechazando tanto que se pudiera incluir la enfermedad dentro del concepto de discapacidad como, de igual forma, que la enfermedad pudiera incorporarse a aquellos motivos previstos en el antiguo artículo 13 del TCE (actual artículo 19 TFUE). La decisión *Chacón Navas* fue ampliamente criticada porque introdujo una definición de discapacidad en la cual se ponía el acento en la deficiencia o limitación, de carácter permanente, que situaba a la persona con discapacidad en una posición de desventaja.

El Tribunal interpreta en el presente asunto el concepto de discapacidad de conformidad con lo dispuesto en la CDPD, separándose de la interpretación autónoma anterior. Desde este punto de vista, señala que procede interpretar la Directiva, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención (apartado 32). De esta forma, resalta en la definición de discapacidad la interacción entre las deficiencias de las personas, por una parte, y los obstáculos sociales que les impiden participar plenamente en la vida profesional, por otra (apartado 38). La interpretación conforme a las normas del Derecho de la UE permite, así, que el Tribunal se remita y acepte expresamente los términos y alcance de la Convención. Al mismo tiempo, este concepto responde al modelo social de discapacidad, en el que se sitúan las deficiencias o limitaciones de las personas en relación con los obstáculos y barreras sociales con las que se encuentran. La concepción social es más adecuada para responder a las necesidades de cambio de estructuras que impiden la plena participación social y el ejercicio sin discriminación de los derechos de las personas con discapacidad.

El Tribunal entiende, además, que la discapacidad puede tener su origen no sólo en una condición de nacimiento o accidente, sino también en una enfermedad, curable o incurable, siempre que la limitación que produce sea de larga duración (apartado 41). En cambio, «una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de discapacidad» (artículo 42). Desde este punto de vista, la circunstancia de que la persona pueda desempeñar de forma limitada su trabajo no impide que se le aplique el concepto de discapacidad (43).

Por otra parte, el Tribunal se pronuncia sobre el alcance de los ajustes razonables previstos en el artículo 5 de la Directiva, a los que tienen derecho las personas con

discapacidad en función de sus necesidades individuales, siempre que no sean una carga excesiva para sus empleadores. El Tribunal acude para interpretar este concepto también a las disposiciones de la Convención (apartado 55), en las que se desarrollan con más detalle las medidas concretas que deben adoptarse por los empleadores, de forma que no cabe excluir que una disminución del tiempo de trabajo pueda constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere la Directiva. En todo caso, el Tribunal recuerda que la Directiva no obliga a contratar a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto que se trata (apartado 57).

A continuación, el Tribunal aplica los criterios generales que ha desarrollado en el ámbito de la discriminación indirecta, con objeto de apreciar si medidas aparentemente neutras, que se aplican de manera idéntica a las personas con discapacidad y sin discapacidad, desfavorecen, como es este caso, a las personas con discapacidad, debido a que corren más riesgo de acumular días de baja por enfermedad (apartado 76). En primer lugar, considera que la Directiva se opone a una normativa nacional que establezca que el empleador pueda poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador ha estado de baja durante 120 días en los últimos doce meses, siempre que estas bajas sean consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables. Por último, el Tribunal examina si esa discriminación indirecta puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y no exceden de lo necesario para alcanzar el objetivo, cuando no concurra la circunstancia derivada de que el empleador no adoptó ajustes razonables. Desde este punto de vista, consideró que la posibilidad de despedir con preaviso abreviado a los empleados, era, por los mismos motivos, una discriminación indirecta. Como se sabe, estas medidas pueden estar legitimadas por dirigirse a alcanzar un objetivo legítimo, siempre que sean proporcionadas. En este caso, el objetivo sería que los empleadores contraten a trabajadores con riesgo particular de incurrir en bajas por enfermedad, algo que podía considerarse admisible en razón de la amplia discrecionalidad de los Estados en su política social. En el examen de la adecuación de los medios, de forma que no excedan de lo necesario para alcanzar el objetivo, resaltó que debía establecerse un equilibrio razonable entre la promoción de la contratación y los riesgos propios de las personas con discapacidad, valoración que deja en última instancia al juez nacional, si bien le advierte que no deben «ignorarse las dificultades y necesidades específicas de las personas con discapacidad» (apartado 91).

JAVIER LASO PÉREZ

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
y Relaciones Internacionales. Universidad de Salamanca*  
[jilasop@usal.es](mailto:jilasop@usal.es)

### Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala de lo Civil), n.º 244/2013, de 18 de abril de 2013 (ROJ STS 2589/2013)

#### **El perfil de riesgo en el contrato de gestión de carteras de inversión. Adquisición de participaciones preferentes para inversor no experto**

#### **1. Introducción**

Dos clientes de una entidad de crédito celebran un contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, en virtud del cual tal entidad adquiere para aquellos unas participaciones preferentes de Lehman Brothers. Este tipo de gestión constituye un servicio de inversión previsto en el art. 63.1 de la LMV que pueden realizar las entidades de crédito, aunque no sean empresas de servicios de inversión (ESI) siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica les habiliten para ello (art. 65.1 de la LMV). Que una entidad de crédito queda sujeta a las normas del mercado de valores, en cuanto a la realización y disciplina de los servicios y actividades, cuando actúa en ellos, no alberga duda alguna, como tampoco que el cliente de dicha entidad de crédito debe recibir además protección como inversor, e incluso, en su caso, como consumidor o usuario.

La protección del inversor se encuentra situada como principio informador en la base de todos los ordenamientos jurídicos actuales reguladores de los mercados de valores. Ahora bien, no todas las personas encuadradas en la categoría de inversor se encuentran en la misma situación. Hay inversores especialmente cualificados, expertos (*sophisticated investors*) que actúan profesionalmente, que son capaces de interpretar la información económica y financiera, y conocen los mercados de valores, la normativa, los clausulados típicos y las consecuencias de la inserción de determinadas cláusulas, etc.; tal es el caso de los inversores institucionales y de otros inversores particulares profesionales, igualmente expertos. Junto a estos inversores hay otros no cualificados, no expertos (*unsophisticated investors*), los «pequeños inversores», pudiendo ser tanto personas físicas como personas jurídicas, incluso empresarios, que adquieren los títulos actuando fuera de una actividad profesional, integrando la categoría del «gran público» inversor.

Las denominadas normas MIF o MIFID –derivadas de la Directiva 2004/39/CE y de la Directiva 2006/73 CE que la desarrolla–, incorporadas en la LMV y actualmente en el RD 217/2008, de 15 de febrero, que recoge el régimen jurídico de las ESI y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, obliga a los intermediarios a clasificar a sus clientes, debiendo sopesar tanto sus conocimientos, como su propia voluntad y capacidad de asumir riesgos y la actitud que tienen frente a los mismos, lo que

se conoce como «perfil de riesgo» del inversor, pudiendo incurrir en responsabilidad por un asesoramiento que no se corresponda con el perfil de riesgo del cliente inversor.

## 2. La demanda

Los demandantes alegan que la entidad de crédito demandada, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), había incumplido culposamente el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión al haber adquirido para ellos valores complejos y de alto riesgo como eran unas participaciones preferentes de «Lehman Brothers Holdings Inc», cuyo valor se había visto reducido en la cantidad reclamada como indemnización como consecuencia de su quiebra, cuando los demandantes habían optado por un perfil de riesgo muy bajo al suscribir el contrato. Con base en ello, pedían que se condenara a la entidad de crédito demandada al pago de la suma de 291.488,84 euros, más el pago de los intereses legales de dicha cantidad desde el requerimiento de pago al Defensor del Cliente de dicha entidad por correo electrónico, y del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha en que se dictara la Sentencia, además de la condena en costas.

## 3. Las resoluciones judiciales y los recursos

La sentencia de 30-12-2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Valencia (ordinario n.º 132/2010), estimó la demanda condenando a la entidad BBVA, por incumplimiento culposo del contrato de gestión, a abonar a los actores la suma y los intereses reclamados, sin imponer las costas a ninguna parte.

La sentencia de apelación, de 28-6-2011 (rec. 289/2011) de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y absolvió a BBVA. En dicha sentencia la Audiencia considera que el contrato de gestión de cartera de inversión se asemeja al de mandato para la gestión de un patrimonio ajeno en el que el mandatario contrae una obligación de medios y no se compromete a un resultado concreto de la inversión, señalando además que los actores tuvieron información adecuada para comprender la naturaleza del producto que BBVA iba a adquirir para ellos. En cuanto al perfil de riesgo inversor de los demandantes, reconoce que llama la atención la compra de valores complejos y de riesgo ante un perfil de riesgo muy bajo, pero afirma que la normativa no impedía a clientes conservadores solicitar inversiones en productos de riesgo, habiendo resultado probada la voluntad de los demandantes de adquirir las participaciones preferentes.

Contra la sentencia dictada en apelación se interpusieron sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. En el primero se alegó la infracción del art. 217.7.º LEC, por no haber desplazado la carga de la prueba al profesional experto, por razones de disponibilidad y facilidad probatoria, al ser objeto de enjuiciamiento una relación contractual con un consumidor de perfil de riesgo muy bajo. Además, se

recurrió en casación por dos motivos: por infracción de los arts. 1726 CC y 255 y 264 CC.º relativos a los contratos de mandato y de comisión, y por infracción del derecho de información del art. 79 LMV.

La Sala 1.ª del Tribunal Supremo constituida en pleno el 20-3-2013 (ponente D. Rafael Sarazá Jimena) desestima el recurso extraordinario por infracción procesal por considerar que no se basa la decisión en la inexistencia o insuficiencia de prueba sobre un determinado extremo relevante para resolver el litigio (FJco 3.º), imponiendo las costas a los recurrentes, y estima el recurso de casación, confirmando la sentencia de instancia, condenando a BBVA a las costas de la apelación, sin imponer las costas de la casación a ninguna parte. El motivo para no aplicar el principio de vencimiento objetivo en la imposición de las costas es la complejidad de la situación fáctica y jurídica objeto del litigio y la ausencia de una doctrina jurisprudencial consolidada (FJ 8.º). Este mismo es el motivo por el que se acordó someter el asunto al conocimiento del Pleno de la Sala, siendo además la razón del carácter «didáctico» del FJco 6.º que fundamenta la resolución de los dos motivos de casación.

#### **4. El contrato de mandato o comisión como modelo contractual típico del contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión**

En relación con el contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión celebrado, indica el TS que puede afirmarse, en línea con lo declarado en la STS de 11-7-1998 (rec. 1195/1994), que su esquema contractual responde fundamentalmente al mandato o comisión mercantil, señalando (FJ 6.º) que «es un contrato que por su función económica y su significación jurídica encaja en el esquema contractual del mandato o comisión mercantil, como modelo contractual típico de la gestión de negocios ajenos. Se caracteriza por la especificidad de su objeto y se basa en la confianza del cliente hacia el profesional del mercado de valores al que confiere amplias facultades para realizar, por cuenta del cliente inversor, las operaciones que considere más convenientes para el objetivo perseguido, conseguir una mayor rentabilidad, en relación a un ámbito restringido de actividad, el de la inversión en valores negociables». Cita además la sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2002 (TJCE, Sala 5.ª, 2002, 343), dictada en el asunto C-356/2000, caso Testa y Lazzeri contra la Consob italiana, cuyo párrafo 38 indica que la gestión de carteras debe efectuarse con arreglo a un mandato en virtud del cual el inversor faculta a una empresa de inversión para tomar decisiones de inversión por su cuenta, discrecionales pero respetando siempre las decisiones estratégicas del inversor.

#### **5. Perfil de riesgo, su función integradora del contrato de gestión de carteras de inversión, obligaciones de información y actuación de buena fe**

El contrato celebrado carece de una regulación específica y detallada de su aspecto jurídico-privado, si bien es numerosa la normativa que ha regulado los requisitos

que han de cumplir las entidades que se dedican a la gestión de carteras de inversión. La sentencia que comentamos cita la LMV; la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión; la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIF o MIFID) –que derogó la anterior directiva a partir de 1-11-2007, y que ya vinculaba a jueces y tribunales aunque no había transcurrido el plazo de transposición (STJCE de 8-10-1987, caso «Kolpinghuis Nijmegen», asunto 80/86)–; el RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados financieros y registros obligatorios; la Orden MEH de 25-10-1995 que desarrolló dicho RD, y la Orden MEH de 7-10-1999, que desarrolló el código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión. Tales normas eran las vigentes en el momento en que fue concertado el contrato de gestión, si bien algunas de ellas están derogadas ya, habiendo sido sustituidas por el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las ESI y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, y por la Orden EHA 1665/2010, de 11 de junio, que derogó las de 1995 y 1999.

De la LMV y normativa de desarrollo vigentes al celebrarse el contrato, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de las Directivas comunitarias, el Tribunal Supremo extrae que tal normativa «impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata». Considera el TS que estas empresas «deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia (...), respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios».

Concluye finalmente que «las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, fundamental en el caso del mandato (arts. 1719 del Código Civil y 254 y 255 del Código de Comercio), haciendo la función de instrucciones al gestor para el desarrollo de su obligación básica. Por eso es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo (...)

De los hechos resulta que el perfil de riesgo declarado por los clientes era conservador, habiendo optado por un perfil «muy bajo», por lo que las inversiones aconsejadas a los clientes eran incompatibles con el mismo; en este sentido, el «plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (...) y los productos de inversión aceptados por el cliente» (FJ 7.º). El hecho de que el codemandante fuera empresario, de que estuvieran acompañados por el asesor laboral y contable de sus empresas o de que hubieran realizado algunas inversiones anteriormente no reduce las obligaciones de información, pues la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da cualquier actividad empresarial, ni ser asesor, ni haber realizado otras inversiones.

En fin, la sentencia finaliza señalando que «el incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con la clientela constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas».

## 6. Conclusión

Los «pequeños inversores» pueden congratularse, más en estos tiempos, por esta sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS que diferencia claramente entre inversores expertos y no expertos y hace recaer la responsabilidad sobre una entidad que no ha cumplido con sus obligaciones de información y de buena fe contractual en el ámbito de los servicios de inversión al adquirir para unos clientes no expertos un producto de riesgo como son unas participaciones preferentes. Esta sentencia debe ser completada con otra de la misma Sala y de igual fecha (rec. 2353/2011), constituida también en Pleno (ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel), que no observa incumplimiento contractual por tener el actor la condición de experto inversor. Deben tenerse en cuenta en esta materia las importantes modificaciones del art. 79.bis LMV introducidas por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, de las que se ha hecho eco la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, creada por el RD-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero (BOE 23 de marzo). Igualmente ha de considerarse la reciente Circular 3/2013, de 12 de junio, de la CNMV, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros (BOE 19 de junio). Digamos para finalizar que la Comisión Europea, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y el Banco de España debían haber tenido más en cuenta el carácter experto o no experto de los clientes de las entidades de crédito a la hora de imponerles un determinado Plan –con

quita incluida– en los procesos de reestructuración del sector del crédito y de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, más aún tratándose de productos de las propias entidades de crédito, respecto de los cuales los clientes tienen, o tenían, aún más confianza. El número de clientes con preferentes a marzo de 2013 era de 185.932, y de 478.604 aquellos con obligaciones subordinadas.

JOSÉ LUIS SÁNCHEZ BARRIOS  
*Profesor Titular E. U. de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Salamanca*  
[jsaba@usal.es](mailto:jsaba@usal.es)

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª),  
n.º 310/2013, de 17 de mayo (ROJ STS 2712/2013)**

**Transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque.  
Responsabilidad por deterioro de la carga**

### **1. Antecedentes**

En el marco de un contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque se descargaron en el puerto de Alicante dos contenedores que contenían pescado congelado y que fueron entregados a la empresa Terminal de Contenedores de Alicante, S.A. (en adelante TERMINAL), para custodia de los mismos.

Al intentar pasar las mercancías el control del puerto de Alicante uno de los contenedores fue rechazado por haberse roto la cadena de frío durante su estancia en la Terminal de contenedores. El otro sí pasó el control, volvió a la terminal, pero allí se rompió la cadena de frío antes de su transporte final.

Una vez pagada la correspondiente indemnización, la compañía aseguradora interpuso demanda, en repetición, en los Juzgados de Alicante contra el porteador y la empresa TERMINAL, que fue desestimada. La aseguradora recurrió el fallo en apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante, la cual estimó el recurso, anuló la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Alicante y condenó solidariamente a los demandados, al pago de la cantidad reclamada.

En manifiesta disconformidad con el fallo, la porteadora interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual fue estimado, exonerando de responsabilidad a la porteadora, pero sin modificar la condena impuesta a TERMINAL.

### **2. Comentario**

El fallo objeto de nuestro análisis se enmarca en el contexto del viejo problema de la determinación del ámbito de responsabilidad del transportista marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. En este sentido, el asunto objeto de la sentencia gira en torno a la delimitación exacta de este ámbito, en aquellos supuestos en los que se pretende hacer responsable al transportista de daños producidos a las mercancías objeto del transporte por un tercero y fuera del espacio temporal que media entre la carga y la descarga de las mismas.

En este punto, la principal cuestión viene motivada por el propio concepto de transporte de mercancías recogido en la normativa de referencia, ya que tanto la Ley de 22 de diciembre de 1949 de Transporte Marítimo de Mercancías en Régimen de Conocimiento de Embarque, como el Convenio Internacional para la Unificación de ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque de 1924, establecen la noción de este tipo de transporte e indican que el mismo comprende el tiempo transcurrido desde la carga de las mercancías a bordo del buque hasta su

descarga. Todo aquello que suceda a la carga fuera del espacio temporal establecido escapa a la responsabilidad del transportista, salvo que, en aplicación de la libertad de pactos que las normas señaladas reconocen el cargador o el porteador, se puedan «insertar en un conocimiento estipulaciones, condiciones, reservas o exenciones relativas a las obligaciones y responsabilidades del porteador o del buque para la pérdida o los daños que sobrevengan a las mercancías o concernientes a su custodia, cuidado y conservación antes de la carga y después de la descarga del buque en el que las mercancías se transportan por mar».

Se fija así un contenido obligacional y de responsabilidad que, como hemos apuntado, permite su modulación por los contratantes, dando lugar a dificultades interpretativas diversas. Unas dificultades que se manifiestan en supuestos como el que nos ocupa, en la medida en que, en este caso, al deber de transporte, se une la obligación asumida por la demandada de «depósito y pase por el puesto de inspección fronteriza a los efectos del oportuno control sanitario de la mercancía», abriendo el debate en torno a si las obligaciones asumidas incorporan también la responsabilidad del porteador por la actuación de la Terminal de contenedores o no.

El problema no es nuevo. En este sentido, en la Jurisprudencia resulta recurrente encontrar situaciones en las que se generan problemas por la incertidumbre acerca de cuál sea el régimen jurídico aplicable a las mercaderías cuando estas no están ni a cargo del porteador ni de los interesados en la propiedad de la carga, sino que han sido puestas a disposición del empresario de una terminal de transporte en el comercio internacional. Lo cual, incluso, ha llevado a que se hicieran intentos infructuosos de delimitación de responsabilidad tal y como sucede con el Convenio de UNCITRAL sobre *la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional*, de 1994, que falto, de la ratificación oportuna, aún no ha entrado en vigor.

Ahora bien, al margen de estas consideraciones, lo cierto es que para dar una adecuada respuesta al asunto que nos ocupa parece oportuno referirse, tal y como insinúa el Alto Tribunal en su fallo, a la responsabilidad por actos ajenos. En este sentido, y aplicando esta doctrina en términos estrictos, deberíamos considerar responsable al porteador sólo en aquellos casos en los que éste deba responder por la actuación de un tercero. En este sentido, no podemos olvidar cómo la responsabilidad por hecho ajeno tiene carácter subjetivo y está fundada en una «presunción de culpa» de las personas que, teniendo facultad de elección o de guarda sobre otras, actúan descuidadamente permitiendo o dando ocasión a que estas últimas dañen a terceros.

Sin entrar en un análisis concreto de este tipo de responsabilidad sí cabe recordar cómo la responsabilidad por hecho ajeno opera cuando entre el autor material del hecho y el que queda responsable hay un vínculo tal que la ley puede presumir fundadamente que, si hubo daño, éste debe atribuirse, más que al autor material, al descuido o defecto de vigilancia de la otra persona. El fundamento de esta responsabilidad es la presunción de la culpa, que puede consistir en una falta de vigilancia o

*culpa in vigilando*, o en una desacertada elección o *culpa in eligendo*. Conforme a esta idea, en el supuesto ahora comentado, esta responsabilidad no tendría cabida, en la medida en que el control sobre el contrato celebrado con Terminal de Transporte es mínimo, ya que no cabe la elección, tal y como recuerda la propia sentencia, ni mucho menos la vigilancia, como apuntara, en otro caso similar, la STS de 23 de noviembre de 1996 (Ar. 8644).

Siendo esto así, parece claro que *ex lege* no cabría imputar responsabilidad alguna al porteador, quien cumpliría con hacer la entrega de la mercancía en perfecto estado a la Terminal de Contenedores, en la idea de que el principio general que rige la responsabilidad del porteador exige, como presupuesto, la necesidad de un incumplimiento imputable al mismo. Ahora bien, la duda surge en aquellos casos en los que en aplicación del artículo 7 del Convenio de Bruselas de 1924 o el artículo 17 de la Ley española de 1949, opta por ampliar el marco de su responsabilidad añadiendo obligaciones o responsabilidades más allá del ámbito fijado por la propia noción de transporte de mercancías. En el caso que nos ocupa así ha sido, en la medida en que el porteador, junto con el transporte, se ha obligado al depósito y pase por el puesto de la inspección fronteriza. Se asumen unas nuevas obligaciones que implican nuevas responsabilidades, pero que, en nuestra opinión, han de situarse en sus justos términos. El porteador en modo alguno asume la responsabilidad por el buen fin de la operación, sino que muy al contrario solamente se compromete al depósito y pase de las mercancías por los correspondientes controles, de lo cual, no cabe deducir ni expresa ni tácitamente el compromiso de mayores responsabilidades de las que a estos deberes le son propias. De haberlo querido así, se debería haber declarado con la claridad y exactitud exigida en el régimen propio de interpretación de los términos contractuales y lo cierto es que no se ha hecho.

En nuestra opinión, no cabe pensar que el porteador quiso asumir más responsabilidades que las que efectivamente asumió, por lo que, en consecuencia, no parece razonable que estas responsabilidades le sean exigibles. Muy al contrario tales responsabilidades le son ajenas tal y como apunta el Tribunal Supremo, cuya decisión no nos resta sino que aplaudir en la idea de que solamente ha de ser responsable a quien le es imputable el daño.

ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE  
*Catedrático E. U. de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Salamanca*  
[aadlt@usal.es](mailto:aadlt@usal.es)  
ANTONIO ABRIL RUBIO  
*Abogado*

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 345/2013, de 27 de mayo de 2013 (ROJ STS 2888/2013)

### Fecha de referencia para la valoración de las participaciones sociales del socio excluido

#### 1. Introducción

En la Sentencia comentada el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Civil/Sección 1.ª) de 23 de diciembre de 2010, que a su vez desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo de 1 de marzo de 2010. En esta resolución se estimaba parcialmente la demanda interpuesta frente a una sociedad mercantil por uno de los demandantes en relación con la rectificación de la fecha de referencia para la valoración de las participaciones sociales realizada por el auditor nombrado por el Registrador Mercantil conforme a lo dispuesto en el artículo 100 LSRL; desestimándose respecto al otro demandante por falta de legitimación activa.

El hecho litigioso que llega hasta el Tribunal Supremo se centra en la determinación de la fecha que ha de tenerse en cuenta para la valoración de las participaciones sociales del socio excluido cuando éste titula el 25% o más del capital social y no está de acuerdo con la exclusión. En el supuesto analizado, el demandante era socio titular del 50% del capital de la sociedad demandada y, ostentando el cargo de administrador único, había sido excluido por acuerdo de la Junta General de 19 de julio de 2000 por haber infringido la prohibición de competencia. Conforme al artículo 99.2 LSRL (vigente artículo 352.2 LSC), la exclusión del socio con participación igual o superior al 25% en el capital social requerirá, además del acuerdo de la Junta General, resolución judicial firme, siempre que el socio no se conforme con la exclusión acordada. En concreto, en el caso litigioso la firmeza de la resolución judicial por la que se resolvió sobre la procedencia de la exclusión (Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 31 de marzo de 2003) se alcanzó el 9 de enero de 2007, siendo ésta la fecha del Auto del Tribunal Supremo por el que se inadmitió el recurso de casación que se había interpuesto contra referida resolución de la Audiencia Provincial. Mientras que la sociedad demandada, luego recurrente, entendía que la fecha de referencia para la valoración de las participaciones sociales era la fecha del acuerdo de la Junta General por el que se resolvía sobre la exclusión, el socio demandante entendía que tal fecha de valoración debía ser la fecha en la que la resolución judicial que estimaba procedente la exclusión devenía firme, y solicitaba que la valoración efectuada por el auditor nombrado por el Registrador Mercantil fuera modificada en consecuencia. Éste fue el criterio seguido por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo al estimar la pretensión del demandante; criterio que fue luego mantenido por la Audiencia Provincial de Asturias al desestimar el recurso de apelación formulado contra aquella y por

el Tribunal Supremo en la resolución analizada al desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

El único motivo de casación invocado por la recurrente es precisamente «la infracción de los artículos 100.1 y 100.2 de la LSRL, y a su vez en relación con los artículos 31 y 33 de la LSRL y los artículos 219 y 220 del Código de Comercio en su redacción vigente a la fecha de la toma del acuerdo y de la jurisprudencia que los desarrolla».

En el desarrollo del motivo, la recurrente argumenta que la infracción consiste en que, de conformidad con lo dispuesto en los preceptos legales referidos y en la jurisprudencia que los desarrolla, la Audiencia incurre en un error al no tener en consideración que la fecha para valorar las participaciones del socio excluido es la del acuerdo social de exclusión, pues dicho acuerdo tiene carácter constitutivo, frente a la fecha de la sentencia que es una garantía procesal para el socio expulsado.

Parece necesario, por tanto, referir nuestro análisis a dos cuestiones distintas e íntimamente relacionadas, tal como hace el Tribunal Supremo en su argumentación. En primer lugar, la determinación de la eficacia del acuerdo de exclusión y de la sentencia firme de exclusión del socio; y, en segundo lugar, la fijación de la fecha de referencia para la valoración de las participaciones del socio excluido que, como veremos, deriva necesariamente del criterio seguido en relación con la primera cuestión.

## **2. La eficacia constitutiva de la sentencia que reconoce la procedencia de la exclusión del socio conforme a la Sentencia del TS de 9 de julio de 2007**

El artículo 98 LSRL en su apartado primero (correspondiente al vigente artículo 350 LSC) establece las causas legales de exclusión del socio, siendo éstas el incumplimiento de la obligación de realizar prestaciones accesorias, así como en el caso del socio administrador, la infracción de la prohibición de competencia o la condena por sentencia firme a indemnizar a la sociedad por los daños y perjuicios causados por actos contrarios a la Ley, a los estatutos o realizados sin la debida diligencia. Por su parte, el apartado segundo del citado artículo 98 LSRL (correspondiente al vigente artículo 351 LSC) establece la posibilidad de que se introduzcan en los estatutos otras causas de exclusión de los socios de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, siempre que medie el consentimiento de todos los socios.

En aras de tutelar debidamente los intereses de los socios, de la sociedad y de los terceros que pueden verse afectados por la exclusión, los artículos siguientes regulan el proceso que conduce a la salida del socio, si bien, como veremos, deja algunos puntos oscuros a los que la jurisprudencia ha debido dar la correspondiente luz. En concreto, el artículo 99 LSRL (vigente artículo 352 LSC) señala que la exclusión requerirá el acuerdo de la Junta General. Pero además, salvo en el caso de condena del socio administrador a indemnizar a la sociedad, en el supuesto de que el socio que pretende ser excluido tenga una participación igual o superior al 25% del capital social, se requerirá resolución judicial firme siempre que el socio no se conforme con

la exclusión acordada por la Junta General. El legislador considera que, ante estas situaciones de conflicto en el seno de la sociedad, han de garantizarse los intereses del socio frente a la mayoría que pudiera, por este medio, deshacerse de un socio con una participación significativa que podría no estar de acuerdo con sus criterios, y por ello no sólo exige el acuerdo mayoritario adoptado en Junta, sino también una resolución judicial firme que declare la procedencia de la exclusión.

Ahora bien, el citado precepto no establece cuáles son los efectos que han de ser atribuidos a cada una de las medidas consecutivas tendentes a la exclusión del socio: acuerdo social y resolución judicial firme. Esto es, no se determina en qué momento en concreto el socio debe dejar de ser considerado como tal por haber perdido los derechos que le son inherentes en el seno de la sociedad.

En este sentido, la sociedad recurrente entiende que tales efectos se producen desde el propio acuerdo social, que tendría eficacia constitutiva, siendo la exigencia de resolución judicial firme una mera garantía procesal dispuesta en favor del socio excluido; y apoya su recurso en tal sentido en la infracción de la jurisprudencia que ha venido aplicando tal criterio. En efecto, tal ha sido la opinión judicial vertida en algunas resoluciones de la llamada jurisprudencia menor (SAP de Valladolid, de 9 de febrero de 2002; SAP de Málaga, de 27 de abril de 2005, y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, de 26 de abril de 2005), así como la de algunos autores que se han ocupado de la cuestión (García Villaverde, Bonardell Lenzano y Cabanas Trejo; Leña Fernández y Rueda Pérez).

Por el contrario, el Tribunal Supremo entiende que esta inconcreción del legislador había quedado suficientemente aclarada en su Sentencia de 9 de julio de 2007, conforme a la cual «el artículo 99.2 LSRL establece un mecanismo de defensa del socio que ostente una participación significativa, igual o superior al veinticinco por ciento del capital social, y no se conforme con el acuerdo de exclusión, al exigir que éste se complemente con una resolución judicial firme que dé efectividad al acuerdo de exclusión, sin duda como garantía de que la privación del derecho de voto del socio cualificado no deje tan solo en manos de los restantes tan radical decisión y la resolución judicial, en cuanto requisito necesario para la eficacia del acuerdo, ha de considerarse que tiene eficacia constitutiva y, por tanto, sus efectos han de producirse ex nunc (desde ahora), por lo que en tanto no recaiga, el socio en proceso de exclusión conserva todos sus derechos, entre ellos el de votar en las propuestas posteriores al acuerdo de exclusión».

En consecuencia, conforme a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, en los supuestos en los que el socio cuya participación social sea igual o superior al 25% del capital social no esté conforme con el acuerdo social de exclusión, la eficacia de la resolución judicial firme por la que se declare la procedencia de tal exclusión será constitutiva, de modo que hasta esa fecha el socio continuará ostentando cuantos derechos le otorgue su condición de socio. Criterio que ya había sido

mantenido con carácter previo a la STS de 9 de julio de 2007 en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (RDGRN), de 16 de octubre de 2000 (RJ 2000/10216).

### **3. Necesidad de extraer las oportunas consecuencias del carácter constitutivo de la sentencia firme que declara la procedencia de la exclusión en relación con la fecha de valoración de las participaciones sociales**

De acuerdo con el procedimiento de exclusión regulado legalmente, la exclusión dará lugar al pago al socio excluido del valor razonable de sus participaciones sociales, las cuales, conforme al artículo 100 LSRL (hoy artículo 353 LSC) deberán ser valoradas conforme al acuerdo entre la sociedad y el socio afectado y, si no hubiera tal acuerdo (y, por tanto, con carácter subsidiario), por un auditor de cuentas, distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones que hayan de ser valoradas.

Si bien el artículo 100 LSRL regula algunos detalles de tal proceso subsidiario de valoración de las participaciones sociales (acceso del auditor a cuantas informaciones y documentos considere útiles para desarrollar su cometido, plazo de emisión del informe, etc.), nada dice el citado artículo acerca de la fecha de referencia que ha de ser tenida en cuenta para establecer el valor razonable de tales participaciones.

Entiende la recurrente, coherentemente con su argumentación relativa a la eficacia constitutiva del acuerdo de exclusión, que la fecha de referencia para la valoración de las participaciones sociales es el acuerdo de la Junta General, pues es a partir de tal momento cuando el socio deja de serlo y surge el derecho al reembolso del valor razonable de las participaciones sociales.

Por el contrario, el Tribunal Supremo defiende la necesidad de extraer las oportunas consecuencias del carácter constitutivo de la resolución judicial firme que declara la procedencia de la exclusión, afirmada en su Sentencia anterior de 9 de julio de 2007. En efecto, tal como declara nuestro más Alto Tribunal, «este carácter constitutivo de la resolución judicial no sólo debe determinar como declaramos en aquella ocasión, que pueda ejercitar los derechos de socio hasta que se haga efectiva la exclusión con la firmeza de la resolución judicial, sino que la valoración de sus participaciones ha de referirse a ese momento en que deja de ser socio. Su exclusión, aunque opere como una sanción al quebrantamiento de una prohibición legal, como es el caso, no priva al excluido del derecho a ser reembolsado con el valor de sus participaciones, y a tal efecto el artículo 100 establece unas reglas de valoración. No se discute que se hayan seguido estas reglas, sino si la valoración debe referirse al momento en que la junta de socios acordó la exclusión del socio o al momento posterior en que la sentencia judicial resolvió sobre la procedencia de la exclusión. La ausencia de una previsión legal específica nos lleva a que deduzcamos este momento de la interpretación que esta Sala ha

hecho de los efectos de la exclusión, cuando se hace precisa la resolución judicial por ser el socio titular de una participación igual o superior al 25% y no estar de acuerdo con el acuerdo de exclusión. En estos casos, en la reseñada sentencia de 776/2007, de 9 de julio, expresamente se atribuye carácter constitutivo a la sentencia firme y se difieren los efectos de la exclusión, esto es, la pérdida de la condición de socio, y con ella de todos los derechos que lleva consigo, a la firmeza de la sentencia. Resulta una lógica consecuencia de lo anterior, que el valor razonable de las participaciones del socio excluido se refiera al momento en que deja de serlo, que coincide con la firmeza de la sentencia».

En consecuencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación planteado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias que a su vez desestimó el recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo que estimó la pretensión del demandante de que se rectificara la valoración realizada por el auditor nombrado por el Registrador Mercantil a efectos de que el valor de las participaciones sociales correspondientes al socio excluido se actualizara a fecha en que la resolución judicial que estimó procedente la exclusión alcanzó firmeza (9 de enero de 2007).

#### 4. Conclusiones

La importancia de la Sentencia comentada no radica tanto en su novedad cuanto en la coherencia mostrada por el Tribunal Supremo a la hora de extraer las consecuencias de un pronunciamiento anterior respecto a una materia que no había sido expresamente abordada en el mismo. En efecto, parece que, en aras de la congruencia, necesariamente debía mantenerse que si el socio debe dejar de ser considerado como tal a partir de un determinado momento (fecha de la resolución judicial firme por la que se declare la procedencia de la exclusión), sea éste el que debe servir de referencia para valorar las participaciones de tal socio que deja de serlo pues sólo entonces surge su derecho de reembolso al valor razonable de las participaciones sociales. Valor razonable que habrá de ser determinado conforme al procedimiento legalmente establecido, que, en defecto de acuerdo entre las partes, supondrá la oportuna valoración efectuada por el auditor nombrado al efecto por el Registrador Mercantil.

M.ª MERCEDES CURTO POLO  
*Profesora Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Salamanca*  
[curtopom@usal.es](mailto:curtopom@usal.es)

## Las licencias multiterritoriales de derechos de autor en la jurisprudencia de la UE

La jurisprudencia sobre las licencias multiterritoriales de derechos de autor, se encuentra intrínsecamente vinculada a la «remodelación» pretoriana de las prácticas llevadas a cabo por las entidades de gestión colectiva en sus acuerdos de reciprocidad.

De hecho, esta reestructuración, fundamentada en una aplicación estricta del derecho de la competencia, va a bosquejar el modelo de licencias multiterritoriales existente en la actualidad.

La jurisprudencia comunitaria va a afectar esencialmente las interrelaciones de las entidades de gestión colectiva con sus miembros, así como con los usuarios de sus repertorios.

Del análisis de las decisiones adoptadas sobre las relaciones entidades de gestión colectiva-miembros puede deducirse que el objetivo comunitario no es otro que el de facilitar la **libertad de elección de los titulares de derechos**. Para alcanzar dicho fin, dos han sido los métodos de los que se han servido tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia: la **supresión de las discriminaciones operadas entre los adherentes** (vid. decisiones de la Comisión: «GEMA» de 2 de junio de 1971; «GEMA» de 18 de octubre de 1979, asunto 125/78; «GEMA» de 4 de diciembre de 1981, asunto IV/29971; «G.V.L.» de 29 de octubre de 1981, asunto IV/29839; así como STJCE «G.V.L.» de 2 de marzo de 1983, asunto 7/82) y la **posibilidad de fraccionar las aportaciones de los derechos de los socios** (vid. decisiones de la Comisión: «GEMA» de 2 de junio de 1971; «GEMA» de 6 de julio de 1972; «Daft Punk» de 12 de agosto de 2002 –Comp/C2/37.219–; así como en la STJCE «BRT/SABAM» de 21 de marzo de 1974, asunto 127/73).

Respecto a las relaciones entidades de gestión de derechos-usuarios, los esfuerzos europeos se van a centrar, esencialmente, en **eliminar las cláusulas de residencia económica** de las licencias concedidas por las entidades de gestión (vid. SSTJCE «Tournier» de 13 de julio de 1989, asunto 395/87; «Lucazeau», de 13 de julio de 1989, asuntos 110/88, 241/88 et 242/88).

Estas decisiones han establecido los elementos fundamentales de un modelo de licencia multiterritorial que pretende alejarse del derivado de los acuerdos de reciprocidad. Esta tendencia, confirmada por la Comisión en diferentes instrumentos (Comunicación de la Comisión del 16 abril de 2004. COM [2004] 261 final, Recomendación para la de 18 de mayo de 2005 relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea [2005/737/CE]), será consagrada en la conocida como decisión CISAC de 2008. (Decisión de 16 de julio de 2008, asunto COMP/C2/38.698).

Esta decisión, que supuso un auténtico «cataclismo» respecto a los acuerdos de reciprocidad, va a centrarse en el contrato-tipo propuesto por la CISAC (Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores). Este contrato, cuya

versión inicial se remonta a 1936, constituía la base sobre la cual las entidades de gestión colectiva se inspiraban a la hora de configurar sus acuerdos de representación recíproca para la gestión de sus repertorios respectivos.

Inicialmente concebido para las aplicaciones tradicionales (*off-line*) el contrato había sido revisado para cubrir las aplicaciones *on-line* (Internet, satélite y cable). Pese a los intentos de adecuación a las exigencias comunitarias por parte de la CISAC y de las entidades afectadas, la Comisión va considerar que las entidades de gestión colectiva y la CISAC han actuado de forma concertada y declarará contrarias al artículo 81.1 TUE (actual 101.1 TFUE) ciertas cláusulas del contrato-tipo que ocasionaban la limitación de la concesión de las licencias al territorio nacional de cada sociedad de gestión.

Las reacciones de CISAC y de las entidades de gestión condenadas no se hicieron esperar y cada una de ellas decidió recurrir la decisión ante el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE). No obstante, habrá que esperar hasta abril del presente año para obtener la resolución de los diferentes asuntos por parte del TGUE (*SSTGUE de 12 de abril de 2013, Asuntos T-392/08 AEPI/Comisión, T-398/08 Stowarzyszenie Autorów ZAIKS/Comisión, T-401/08 Säveltäjän Tekijänoikeustoimisto Teosto ry/Comisión, T-410/08 GEMA/Comisión, T-411/08 Artisjus/Comisión, T-413/08 SOZA/Comisión, T-414/08 Autortiesību un komunikāšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība/Comisión, T-415/08 Irish Music Rights Organisation Ltd/Comisión, T-415/08 Irish Music Rights Organisation Ltd/Comisión, T-416/08 Eesti Autorite Ühing/Comisión, T-417/08 Sociedade Portuguesa de Autores/Comisión, T-418/08 OSA/Comisión, T-419/08 LATGA-A/Comisión, T-420/08 SAZAS/Comisión, T-421/08 Performing Right Society/Comisión, T-422/08 SACEM/Comisión, T-425/08 Koda/Comisión, T-428/08 STEF/Comisión, T-432/08 AKM/Comisión, T-433/08 SIAE/Comisión, T-434/08 Tono/Comisión, T-442/08 CISAC/Comisión, T-451/08 Stim/Comisión de 12 de abril de 2013*).

Estas sentencias del TGUE pueden ser reagrupadas en cuatro categorías en función de las soluciones adoptadas. La primera categoría sería la de la sentencia en el asunto T-451/08, que rechaza el recurso; la segunda categoría la conformarían once sentencias (*asunto T-413/08; T-414/08; T-415/08; T-416/0; T-417/08; T-418/08; T-419/08; T-420; T428/08; T-434/08 y T-442/08*) que anulan parcialmente la decisión de la Comisión (en concreto el artículo 3 de la misma); la tercera categoría estaría compuesta por otras ocho sentencias (*asunto T-392/08; T-398/08; T-401/08; T-410/08; T-425/08; T-411/08; T-432/08 y T-433/08*) que anulan el artículo 3 y 4 de la decisión de la Comisión; y, por último, dos sentencias (*asunto T-421/08 y T-422/08*) que, si bien anulan el artículo 3 y 4 de la decisión de la Comisión, van a rechazar una demanda de imposición a la Comisión del pago de las costas.

El TGUE analiza en estas sentencias la constatación material que había hecho la Comisión sobre la existencia de una práctica concertada.

El Tribunal considera que, si bien los actos de la adhesión del conjunto de entidades de gestión a la CISAC, las reuniones regulares sobre las orientaciones respecto al contrato-tipo, las actualizaciones del mismo y su uniformización han sido probados, estos mismos no caracterizan suficientemente una práctica de concertación entre empresas.

En sí, el TGUE estima que el hecho de que las entidades de gestión colectiva hayan entrado en contacto en el marco de las actividades gestionadas por la CISAC, así como la existencia de formas de cooperación entre ellas, es producto del vínculo histórico entre las mismas. Es por esta razón por la que va a admitir las justificaciones de las requerentes que sostenían que las limitaciones territoriales nacionales eran el resultado de decisiones individuales reflexionadas y racionales sobre los planos práctico y económico.

Como refuerzo de su interpretación el TGUE recuerda que «la Comisión ha admitido que ella no disponía de pruebas de que los correos, las cartas o las actas de las reuniones establecieran limitaciones territoriales nacionales».

En resumen, el TGUE tiene a bien admitir los recursos únicamente sobre el fundamento de la ausencia de constatación por la Comisión de una práctica concertada.

Dejando al margen las críticas posibles a estas sentencias en el ámbito del derecho de la competencia sobre su completa pertinencia (¿no habría sido más adecuado que el TGUE dirigiera el debate al terreno del artículo 101.3 TFUE buscando una aplicación del control de proporcionalidad?), las sentencias no suponen un cambio significativo de tendencia ya que en ningún momento el carácter anticompetitivo de las cláusulas del contrato-tipo va a ser cuestionado.

Por tanto, esta anulación parcial de la decisión CISAC, ¡tan celebrada por las entidades de gestión!, no debe ser interpretada en ningún momento como una consagración del antiguo contrato-tipo CISAC ni como un cambio de tendencia en la posición europea sobre el modelo «deseable» (al menos desde el punto de vista de la Comisión) de licencia multiterritorial. La prueba de la realidad de esta constatación se encuentra en el *Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2012, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (COM [2012] 372 final)*, que pretende imponer este modelo de licencias multiterritoriales, que serán concedidas por «meta-entidades» frente al antiguo sistema fundamentado en los acuerdos de reciprocidad.

VANESSA JIMÉNEZ SERRANÍA  
*Doctoranda de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Salamanca*

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4.<sup>a</sup>),  
n.º 9/2013 de 4 de abril (ROJ SAN 1323/2013)**

**Aplicación extraterritorial de la ley penal en casos de mutilación genital a través del artículo 23.4 LOPJ**

Esta Sentencia de la AN marca un antes y un después en la persecución penal de la práctica de la mutilación genital femenina. Sobradamente conocido es el hecho de que España durante la primera década del siglo XXI vive una época de bonanza económica, motivo por el que se convierte en receptor de migrantes de diversas partes del mundo, cuyas tradiciones en ocasiones chocan con los derechos humanos reconocidos en la Constitución española de 1978, que en el artículo 15 protege la integridad física de las personas. La protección de un valor tan importante tiene su reflejo en el Código Penal, que destina el Título III del Libro II a las lesiones, y que comienza en el artículo 147 CP. Por su parte, el artículo 149 recoge unas lesiones agravadas en función de si las mismas se refieren a un órgano principal, estableciendo que «el que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años».

Su apartado 2, que fue introducido por reforma de *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, tipifica específicamente la mutilación genital de tal forma que «el que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz». Si comparamos su contenido con el del apartado 1 poco añade, ya que dicho apartado 1 hace referencia a un órgano principal, y el definido en el apartado 2 lo es, por lo que pareciera que el legislador ha introducido una especificación en aras de la posibilidad de afrontar la alegación del error de prohibición.

Y así parece justificarlo la exposición de motivos de la LO 11/2003, cuando afirma que la introducción obedece a «que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta...», se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales... En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de

la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones».

A su vez, y para completar la persecución y castigo de estos hechos, el artículo 23.4 LOPJ en su reforma de LO 3/2005, de 8 de julio, establece en su Exposición de motivos que «la mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas..., los Estados miembros de la UE... se han visto enfrentados a un fenómeno de exportación de la práctica de mutilaciones genitales femeninas debido a la inmigración de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor». De ahí, que «la presente Ley Orgánica posibilita la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país».

Éste es el motivo por el que esta ley, en un artículo único, añade un nuevo epígrafe g) al apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que hace competente a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

Teniendo estas dos variables (tanto el código penal como la LOPJ), podemos entender que en 2013 la AN marque un antes y un después en el enjuiciamiento de estos delitos pues es la primera vez que se castiga como autora a una madre que practicó la ablación a su hija fuera del territorio español, en su pueblo de origen en Senegal. En la Sentencia se declara probado que Bárbara, procedente de Senegal, llegó a Cataluña en 2010 con sus hijos, una vez que su marido, quien llevaba en España desde 1999, lograra la reagrupación familiar. La hija de ambos, Rosana (nacida en 2006 en Senegal), al practicársele una exploración dentro del protocolo de actuación de niños inmigrantes ya en Cataluña le fue apreciada la extirpación del clítoris, que le había sido practicada antes de venir a España como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal.

Son dos cuestiones las que nos interesan de la sentencia, en primer lugar la autoría y culpabilidad o no de la madre, y en segundo lugar la competencia de los juzgados españoles para conocer de un hecho delictivo (lesiones agravadas tipificadas en el artículo 149.2 CP), cometido en Senegal.

En cuanto al primer aspecto, el enfermero del hospital donde se exploró a la menor afirma una falta de sorpresa por parte de la madre al notificársele la noticia, lo cual indica que la madre sabía de la existencia de la lesión, al igual que el padre, que

también se mostró indiferente. Por tanto, el Tribunal concluye la autoría de la madre, bien directa, por los artículos 28 y 29 del CP, o en comisión por omisión según lo dispuesto por el artículo 11 CP. Respecto de la culpabilidad, cobra especial importancia en estos casos, como ya hemos apuntado, el actuar o no bajo un error de prohibición, y en tal caso, discernir sobre si es vencible o invencible. A este respecto, el tribunal entiende que «así como la acusada vivió en una zona rural de Senegal hasta 2010, su esposo llevaba residiendo en Cataluña, al menos desde hacía 10 años, por lo tanto, es inevitable pensar que así como la acusada no tenía acceso a información alguna sobre el particular, su marido, promotor de la idea de la reagrupación familiar en Cataluña y, por ello, conocedor suficiente de las normas mínimas de convivencia, debería haberla asesorado en este extremo, evitando así los problemas surgidos desde la llegada a España de la acusada y la hija de ambos». Entendiendo por tanto que el error sufrido por la acusada es vencible, procediendo a aminorar la pena de acuerdo a los cánones del artículo 14.3 CP, en uno o dos grados respecto de la pena prevista para el delito.

Respecto del segundo aspecto, la ya mencionada LOPJ en su artículo 23.4, y desde el año 2005 estima competentes a los tribunales españoles conocedores de tales delitos, y esta sentencia de la AN es la primera que se pronuncia en tales términos, haciendo responder penalmente a la madre de una menor que en el año 2006 llevó a cabo en Senegal la ablación sobre aquélla, quien finalmente es castigada con la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

MARÍA CONCEPCIÓN GORJÓN BARRANCO  
*Investigadora de la Universidad de Salamanca*  
[mcgb@usal.es](mailto:mcgb@usal.es)

### Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 26 de febrero de 2013 (ROJ: ATS 1676/2013)

#### El recurso de casación tras la Ley de Medidas de Agilización Procesal

Los medios de impugnación se han convertido, con la entrada en vigor de la Ley 37/2011, en un verdadero caballo de batalla para diversos profesionales jurídicos a la hora de recurrir determinados asuntos. Dicha ley, que se aplica desde octubre del 2011 debido al aumento considerable de la litigiosidad en el orden civil, lo que pretendía era descongestionar los órganos jurisdiccionales con más carga de trabajo. Cuestión ésta completamente discutible al reformar en exceso y de forma bastante limitativa los recursos extraordinarios, medios de impugnación éstos que deben ser resueltos por órganos jurisdiccionales de alta jerarquía y a donde estadísticamente llegan menos asuntos.

Concretamente, este auto del Tribunal Supremo aborda el tema del uso del recurso extraordinario de casación después de la reforma del 2011 para recurrir sentencias dictadas en segunda instancia en un juicio verbal por razón de la cuantía. Es decir, lo que se discute es si es posible recurrir a través de este medio de impugnación una sentencia dictada por un único magistrado, situación ésta recogida de forma concreta en el artículo 82.2 LOPJ.

Así, se intenta recurrir la resolución dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Salamanca, a lo que se contesta mediante auto denegando recurso de casación con fundamento en que dicha sentencia no se puede recurrir al no haber sido dictada por la Audiencia Provincial como órgano colegiado. Ante esta situación la parte recurrente formula un recurso de queja, presentado de nuevo ante el órgano ad quo, Audiencia Provincial, pero que debe resolver el órgano ad quem, el Tribunal Supremo, que da lugar al presente rec. 247/2012 aquí analizado. Dicho recurso de queja se fundamenta en dos cuestiones concretas para intentar desvirtuar lo contenido en el auto de denegación y pretender así que se siga con la tramitación del asunto: la existencia de interés casacional y al mismo tiempo de defectos procesales que pudieran dar cabida a la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal.

Es decir, ¿podría desvirtuar lo recogido en la LECiv y en la LOPJ la existencia de un interés casacional o de un defecto procesal en este caso? La respuesta es, a todas luces, un rotundo no, tal y como a continuación vamos a explicar.

En primer lugar, nos encontramos en una sentencia sobre un juicio verbal por razón de la cuantía, al margen de que la misma haya sido dictada por un único magistrado, no se puede utilizar la modalidad de existencia de un interés casacional por no alcanzar el proceso la cuantía exigida al no superar los 600.000 euros y no poder

utilizar el interés casacional por razón de la materia al no cumplirse ninguno de estos requisitos:

- Que la sentencia se oponga a la doctrina jurisprudencial del TS.
- O que la sentencia resuelva puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria en las audiencias provinciales.
- O que la sentencia aplique normas que no llevan más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrinal-jurisprudencial del TS relativa a normas de igual o similar contenido.

De igual modo tampoco tendría lugar un recurso extraordinario por infracción procesal, pues al no existir posibilidad de formular recurso de casación contra la sentencia recurrida se deriva la improcedencia del recurso extraordinario por infracción procesal si aplicamos lo recogido en la disposición final 16.º de la LECiv acerca del régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios, al regular en su quinto apartado que «si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal».

Una vez hemos analizado que no cabría, en este caso, el recurso de queja motivado en la observancia de un supuesto interés casacional o de un defecto procesal, debemos razonar si desde una perspectiva general sería posible o no recurrir en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales cuando no actúa como órgano colegiado, razón por la que esta sentencia del TS toma relevancia.

Para despejar este interrogante debemos acudir a la nueva configuración del recurso de casación dado por la Ley 37/2011, que lo que hace es limitar el uso del recurso de casación únicamente para órganos colegiados, puesto que si nos remitimos a los artículos 468 y 477 LECiv vemos como el término «Audiencia Provincial» que se utiliza en dicho texto legal es sinónimo de órgano colegiado, pues como muy bien deduce el ponente en el momento en el que entró en vigor la LECiv las Audiencias Provinciales eran órganos que siempre resolvían recursos de apelación con carácter colegiado por lo que es imposible entenderlo de otra forma.

Igualmente, si atendemos a la reforma de medidas de agilización procesal vemos como esta teoría cobraría aún más fuerza, pero, ¿en qué nos fundamentamos para decir esto? Básicamente en que la redacción del artículo 477 LECiv queda intacta tras la reforma al tiempo que se potencia de gran forma el recurso extraordinario de casación por existencia de interés casacional; que se da, en una de sus modalidades, cuando existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, entendiendo siempre a estos órganos y refiriéndose a los mismos únicamente como órganos colegiados.

Todo lo anterior, unido a la omisión acerca de cualquier referencia expresa a utilizar la casación para impugnar sentencias dictadas en apelación por un solo Magistrado en los supuestos contemplados en el artículo 82 LOPJ, hace deducir que no sería posible la interposición del recurso de casación en estos casos, con independencia o no de que existiera un interés casacional.

La regulación a día de hoy no establece por tanto dicha posibilidad, admitiendo únicamente en los casos en los que la sentencia hubiera sido dictada por la Audiencia Provincial como órgano colegiado, al tiempo que creemos que si se admitiera dicha posibilidad estaríamos yendo en contra de lo pretendido por la propia Ley de Medidas de Agilización Procesal; pues se aceptaría que causas de poca entidad conocidas ya en segunda instancia, y por tanto con un recurso previo planteado, pudieran llegar posteriormente a un órgano colegiado superior en el orden civil como es el Tribunal Supremo.

Con todo ello, vemos como queda perfectamente acreditado que ese recurso de queja debe ser desestimado por los motivos que hemos ido desgranando y que brillantemente fueron aludidos en la sentencia, al tiempo que se genera una doctrina jurisprudencial que nos ayuda a seguir despejando dudas en la aplicación de la ley 17/2011, dejando claro así que con esta nueva reforma no cabe recurso de casación contra las sentencias dictadas por las AAPP por un solo Magistrado.

FEDERICO BUENO DE MATA  
*Profesor Asociado de Derecho Procesal*  
*Universidad de Salamanca*  
[febuma@usal.es](mailto:febuma@usal.es)

### Sentencia del Tribunal Constitucional español, 61/2013, de 14 de marzo [BOE n.º 86, de 10-IV-2013] (cuestión de constitucionalidad) en relación a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala octava), de 22 de noviembre de 2012 (asunto C-385/11)

#### Relevancia del principio de igualdad en la regulación legal de los períodos de cotización exigidos a los trabajadores a tiempo parcial

##### 1. Cuestión litigiosa planteada

En ambas resoluciones judiciales se plantea, como cuestión principal, si la reglamentación legislativa en vigor sobre los períodos de cotización exigibles a los trabajadores a tiempo parcial para tener derecho a percibir una pensión de jubilación del sistema público de Seguridad Social, establecida en la regla segunda del apdo. 1 de la [Disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social](#) (en adelante, TRLGSS), aprobado por el [Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio](#) (en redacción procedente del [Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo en Relación con el Trabajo a Tiempo Parcial y el Fomento de su Estabilidad](#)), es o no conforme al principio de igualdad, tal y como tal principio se encuentra configurado, respectivamente, en el Derecho de la Unión Europea y en la Constitución española de 1978.

Hay que partir de que la regulación cuya conformidad con el principio de igualdad se cuestionaba ([la regla segunda del apdo. 1 de la Disp adic. séptima del TRLGSS](#)) se basaba en el principio del cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas para determinar los períodos de cotización exigidos, pero atenuado mediante dos reglas correctoras con la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la seguridad social a los trabajadores a tiempo parcial:

- En primer lugar, se establecía un concepto de «día teórico de cotización», equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o 1.826 horas anuales. Se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización.
- Y, en segundo lugar, se introducía una regla específica correctora, consistente en un coeficiente multiplicador del 1,5 que, aplicado sobre los días teóricos de cotización, los aumenta facilitando así el acceso a la protección.

Las vertientes concretas del principio de igualdad que se consideraba que podían verse afectadas por esta previsión normativa eran fundamentalmente dos: por un lado,

el respeto al principio de proporcionalidad en los efectos producidos por la medida, pues en virtud de dicho precepto un trabajador a tiempo parcial necesitaría trabajar más tiempo que un trabajador a tiempo completo para cubrir la misma carencia exigida; y, por otro, la prohibición de discriminación indirecta por razón de género, al evidenciarse estadísticamente que los trabajadores a tiempo parcial pertenecen mayoritariamente al sexo femenino, ocasionándoles la norma cuestionada un «impacto adverso» que, de no estar objetivamente justificado o no ser los medios empleados adecuados o necesarios, resultaría discriminatorio.

El fallo contenido en ambas resoluciones judiciales es similar: consideran que la reglamentación española relativa a los períodos de cotización exigidos a los trabajadores a tiempo parcial para conseguir acceder a una pensión de jubilación perjudica claramente a este tipo de trabajadores cuando durante mucho tiempo han efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido, puesto que, a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, dicha normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión. Lógicamente, cada uno de los dos tribunales fundamenta su respectiva sentencia en normativas diferentes en cuanto a su ámbito de aplicación: el TJUE basa su decisión concretamente en el [artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social](#); por su parte, el TC español lo hace en el [artículo 14 de la Constitución española de 1978](#) en el que se consagra de forma expresa y general el derecho a la igualdad y no discriminación –entre otros motivos, por razón de sexo–.

## 2. Fundamentación jurídica

Los principales argumentos jurídicos que esgrimen las dos resoluciones objeto de comentario son los siguientes:

1. La regulación sometida a enjuiciamiento vulnera el principio de igualdad ya que éste no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Ambos Tribunales consideran que las reglas que acompañan a la previsión cuestionada en relación con el cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación no permiten superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por la normativa aplicable en materia de igualdad, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no consiguen evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir.

2. Además, se interpreta que la reglamentación enjuiciada da lugar a una discriminación indirecta, entendida ésta como «aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo». Se entiende que, aunque en principio, la disposición cuestionada constituye una norma neutra, aplicable con independencia del sexo de los trabajadores, los datos estadísticos consultados permiten constatar que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta predominantemente al sexo femenino (diversos estudios estadísticos ponían de manifiesto que de los contratados *part time* en España, en torno al 80% son mujeres), con el consiguiente mayor impacto que la aplicación de la norma cuestionada puede tener sobre las trabajadoras.
3. Se añade, además, que tanto la jurisprudencia comunitaria como la propia jurisprudencia constitucional vienen exigiendo como absolutamente necesario que concurra un tercer elemento para apreciar la existencia de discriminación indirecta, cual es el de que «que los poderes públicos no puedan probar que la medida responde a una medida de política social que actúe como justificación suficiente», o que se constate que «la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo». En relación a este tercer elemento se entiende que, si bien el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social justifica, sin duda, que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa, no aparece justificado, sin embargo, que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

### 3. Efectos jurídicos

La [STC 61/2013](#), en cuanto que resuelve una cuestión de constitucionalidad, declara inconstitucional y, por tanto, nula la [regla segunda del apartado 1 de la Disp. adicional séptima del TRLGSS](#), precisándose a continuación que no es a este Tribunal,

sino a los órganos judiciales, a quienes corresponde integrar, por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación de la previsión cuestionada pudiera producir en orden al cómputo de los períodos de carencia para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social referidas en la norma en el caso de los trabajadores a tiempo parcial.

Además de ello, en cuanto que la [regla segunda del apdo. 1 de la Disp. adicional séptima del TRLGSS](#) se declara nula por contraria tanto al Derecho Comunitario como contraria a la Constitución, pierde su vigencia normativa, correspondiendo a los Poderes públicos competentes la aprobación de una nueva regulación plenamente respetuosa con ambos ordenamientos. Así se ha hecho a través del [apartado 1 del artículo 5 del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social \(BOE de 3 de agosto de 2013\)](#), según el cual: «Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período. Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.
- b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a) anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.
- c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido será

el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación».

MARÍA LUISA MARTÍN HERNÁNDEZ  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad de Salamanca*  
[mlrengel@usal.es](mailto:mlrengel@usal.es)

## **NORMAS PARA AUTORES/AS**

1. La revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS (AIS)*, auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y editada por Ediciones Universidad de Salamanca, tiene como objetivo la difusión de artículos de opinión y de reflexión sobre Derecho, Ciencia Política y Criminología, primando los trabajos de pensamiento general o de crítica doctrinal y jurisprudencial sobre los análisis rigurosos de régimen jurídico. El Consejo de Redacción, respetuoso con la libertad de creación de los autores, no se solidariza, sin embargo, con sus opiniones.
2. *AIS* se publica en formato electrónico, con periodicidad semestral (dos números por año, en junio y en diciembre), y está abierta a colaboraciones de toda la comunidad científica, en especial la europea e iberoamericana. La calidad de los textos publicados se contrasta llevando a cabo un proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego de los originales recibidos.

### **Proceso de recepción de originales y publicación**

3. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en formato electrónico a la atención del Sr. Director y Sr. Secretario de la revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS (AIS)*, a la dirección [ais@usal.es](mailto:ais@usal.es). Se admitirán trabajos enviados en cualquier lengua científica al uso (castellano, inglés, italiano, portugués, francés, alemán...). Para el número de junio, el plazo de entrega será hasta el *28 de febrero*, y para el número de diciembre, la fecha de recepción será hasta el *30 de septiembre*.
4. *Ars Iuris Salmanticensis* acusará recibo de los originales en el plazo de treinta días hábiles desde su recepción, y el Consejo de Redacción resolverá sobre su publicación en el plazo máximo de tres meses. La decisión final sobre la publicación corresponde al Consejo de Redacción de *AIS*, previo informe positivo en el proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego. En función de la organización de cada número, aun aceptada la publicación, podría ésta demorarse hasta el número siguiente. En cualquier caso, el Consejo de Redacción de *AIS* mantendrá informados a los autores acerca del estado de la evaluación de sus textos así como el volumen en el cual aparecerán publicados.
5. Los autores recibirán una sola prueba de edición. El Consejo de Redacción ruega que, durante la corrección, no se introduzcan variaciones importantes en el texto original pues ello puede repercutir en los costos de edición. Los autores se comprometen a corregir las pruebas en un plazo de 15 días, contados desde la entrega de las mismas mediante correo electrónico.

### **Normas de estilo para la presentación de los textos**

6. Además de la debida calidad científica acreditada por el proceso de revisión por pares, los originales enviados serán rechazados si no cumplen con las normas de estilo de *AIS*. Debajo del título, se indicará la filiación completa de cada autor, cuyos datos deberán ser los siguientes: primer nombre, segundo nombre (si lo hubiere), apellidos, universidad, institución o profesión en la que trabaja, país, correo-e y dirección postal. Además se hará constar su título, cargo académico, profesión, etc.
7. Todos los textos se presentarán en formato Word (.doc., .docx); con márgenes de página superior, inferior, derecho e izquierdo de 3 cm; tipo de letra Times New Roman; tamaño de texto de 12 puntos; y espacio de párrafo sencillo, justificado y sangrado de primera línea a 1,25 cm.
8. En cualquier caso, para la numeración de los epígrafes se empleará numeración arábiga, y únicamente se hará uso de la romana, si fuera necesario, para diferenciar los principales bloques en que se divida el texto. Si fuera necesario diferenciar niveles siempre se colocará un punto entre las cifras relativas a las divisiones (Ej.: 1; 1.1; 1.1.1; 1.1.2; etc.). Asimismo, los cuadros, gráficos y demás materiales que, en su caso, acompañen a los textos, se numerarán correlativamente en arábigo, y cada uno llevará un título breve que lo identifique, así como las fuentes de origen.

9. Las colaboraciones de la sección *TRIBUNA* tendrán entre 5 y 6 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido), limitando al máximo posible las citas de doctrina y jurisprudencia y, en ambos casos, cuando se incluyan, se hará entre paréntesis en el propio texto a tamaño de letra 10 (no se admitirán notas al pie). No es necesario sumario, resumen, ni lista de palabras clave. Sólo deberán incorporar la traducción al inglés del título.

10. Las colaboraciones para la sección de *ESTUDIOS* tendrán un máximo de 25 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido) a espacio sencillo. Podrán incluir notas al pie enumeradas correlativamente y con tamaño de letra 10. Los trabajos de esta sección incorporarán necesariamente una recopilación bibliográfica al final del artículo, a tamaño de letra 11, ordenada alfabéticamente por el apellido del autor o editor delante del nombre. Excepcionalmente, podrá prescindirse de dicha recopilación bibliográfica si el Estudio lo es en exclusiva de resoluciones judiciales, aunque el mismo tendrá peor valoración a la hora de decidir su publicación. En todo caso, deben incorporar sumario, resumen y relación de palabras clave, tanto en la lengua utilizada en el artículo como, necesariamente, en inglés (abstract y keywords), idioma al que también deberá traducirse el título. Si el texto original estuviese en inglés, la mencionada traducción del título, el resumen y las palabras clave habrá de presentarse también en español.

## Presentación de la bibliografía

11. Las referencias bibliográficas en las citas (sección *TRIBUNA* y *ESTUDIOS*) y en la bibliografía (sección *Estudios*) se ajustarán a la normativa internacional ISO 690 y/o española UNE 50-104. Incluirán, siempre que sea posible, los elementos que se indican según los casos, siguiendo en su totalidad (salvo los corchetes) la tipografía ejemplificada a continuación:

Monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [Título]. [Traducido por Nombre Apellido/s; editado por Nombre Apellido/s (opcionales). [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor].

Ej.: GÁLVEZ CRIADO, A. 2008: *La relevancia de la persona en los contratos de obras y servicios*. Vitoria: Tirant Lo Blanch.

Artículos en publicaciones en serie: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título del artículo entrecomillado»]. [Título de la revista], [año, volumen, fascículo: páginas].

Ej.: RIBERA BLANES, B. 2003: «Hipervínculos y frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor». *Revista Pe.I.*, 2003, 13: 49-65.

Contribuciones a monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título entrecomillado»]. En [Nombre o iniciales] [Apellido/s], (ed.): [Título]. [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor], [volumen (opcional)], [páginas].

Ej.: GARCÍA FRÍAS, A. 2004: «La tributación del comercio electrónico en el IVA: Status quaestionis». En M.<sup>a</sup> J. Moro Almaraz (ed.): *Autores, consumidores y comercio electrónico*. Madrid: Colex, 319-346.

Obras en línea: se procederá igual que en los casos anteriores, indicando después de los datos bibliográficos la [fecha de consulta].

Ej.: CORDÓN MORENO, F. 2013: «La reforma del juicio de desahucio en la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas». *Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla La Mancha*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/24.pdf> [4 junio 2013].

12. El envío de originales y su aprobación por parte de la Revista implica la aceptación del autor de todas las condiciones de publicación, incluidas las relativas a la cesión de sus derechos de autor.

